مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الدورة التاسعة عشرة

العدد التاسع عشر

طبع على نفقة
الأمانة العامة للأوقاف بالشارقة
الإمارات العربية المتحدة
www.awqafshj.ae

الجزء الرابع

مجلة

مجمع الفقه الإسلامي الدولي

الدورة التاسعة عشرة

لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي

العدد التاسع عشر

طبع على نفقة
الأمانة العامة للأوقاف بالشارقة
الإمارات العربية المتحدة
www.awqafshj.ae

الجزء الرابع

قَالَ رَسُولُ ٱللَّهِ ﷺ :

«لَا حَسَدَ إِلَّا فِي ٱثْنَتَيْنِ: رَجُلٌ آتَاهُ ٱللَّهُ مَالًا فَسُلِّطَ عَلَى
هَلَكَتِهِ فِي ٱلْحَقِّ. وَآخَرُ آتَاهُ ٱللَّهُ حِكْمَةً فَهُوَ يَقْضِي بِهَا وَيُعَلِّمُهَا»

رواه البخاري

الموضوع السابع
وقف الأسهم والصكوك
والحقوق المعنوية والمنافع

البحوث المقدّمة

١ ـ **وقف السندات والصكوك والحقوق المعنوية والمنافع**: للشيخ حسن الجواهري.

٢ ـ **حكم وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية**: للأستاذ الدكتور حمزة بن حسين الفعر الشريف.

٣ ـ **حكم وقف الأسهم والصكوك والمنافع**: للأستاذ الدكتور خليفة بابكر الحسن.

٤ ـ **وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية والمنافع**: للدكتورة سيتي ماشيطة بنت محمود.

٥ ـ **وقف الأسهم والصكوك والمنافع والحقوق المعنوية: التأصيل ـ التطبيق ـ الأحكام**: للدكتور عادل بن عبدالقادر بن محمد ولي قوته.

٦ ـ **في وقف الحقوق والمنافع في ضوء الأصول والمقاصد والمآلات**: للأستاذ الدكتور قطب مصطفى سانو.

٧ ـ **وقف الأسهم والصكوك والحقوق والمنافع**: للأستاذ الدكتور محمود السرطاوي.

٨ ـ **وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية**: للدكتور منذر قحف.

ملاحظة:

تمّ ترتيب البحوث حسب الترتيب الهجائي لأسماء السادة الباحثين.

وقف السندات والصكوك
والحقوق المعنوية والمنافع

إعداد
الشيخ حسن الجواهري
الأستاذ بالحوزة العلمية بقم
الجمهورية الإسلامية الإيرانية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربِّ العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطيبين الطاهرين وصحبه الميامين.

نشكر الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي لدعوتنا للمشاركة في الدورة التاسعة عشر لمؤتمر المجمع وتخصيص موضوع «وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية والمنافع» للكتابة فيه.

وقبل البدء في هذا الموضوع نودّ الإشارة إلى تعريف الوقف وتعريف الحبس استناداً إلى دليليهما وبيان الفرق بينهما. كما نحب أن نعرض بحث وقف النقود للإقراض والمضاربة في العصر الحاضر تمهيداً للوصول إلى نظرية وقف المالية وصحة ذلك.

وبعد هذا ننتقل إلى وقف الأسهم والصكوك استناداً إلى صحة وقف المشاع أو وقف المالية، لنتمكن من الحكم بجواز تبديل السهم الموقوف بشيء آخر، ثم نصل إلى وقف الحقوق المعنوية باعتبارها حقاً مالياً يمكن وقف ماليته المستندة إلى عين توجب هذا الحق، وبعدها نبحث عن وقف المنافع الذي اختلف في جواز وقفها بالمعنى الاصطلاحي إلاّ أنه يجوز تحبيسها عند الكل على وجه من وجوه البرّ لمدة محددة. فنقول:

تعريف الوقف:

عرّفه الإمامية وجمهور الحنفية والحنابلة والشافعية والزيدية: بأنه حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته من الواقف وغيره، على مصرف مباح موجود، أو يصرف ريعه على جهة برٍّ وخير.

ومفهوم من هذا التعريف: امتناع الواقف من التصرف فيه ببيع أو

صدقة أو هبة، وهو الذي دلّت عليه النصوص، حبس الأصل وسبل الثمرة أو المنفعة، أو بأنه لا يُباع ولا يوهب ولا يورث، ومعنى ذلك خروج الموقوف عن مالك الوارث ويلزم التبرع بريعه على جهة الوقف.

تعريف الحبس:

وهو عبارة عن جعل المالك حق الانتفاع بملكه لآخر من دون تعيين مدة من دون أن يخرج بذلك عن ملكه. ويسمى هذا العقد بالحبس المطلق يجوز للمالك الرجوع فيه.

والدليل عليه الآية القرآنية ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] وحديث «المؤمنون عند شروطهم» وبعض النصوص كخبر محمد بن مسلم قال سألت الإمام الباقر (عليه السلام) عن رجل جعل لذات محرم جاريتها حياتها؟ قال: هي لها على النحو الذي قال[2].

وقد يكون الحبس لمدة معينة أو مدة حياة المحبِّس أو مدة حياة المحبَّس أو مدة حياة شخص آخر، فبعد انتهاء المدة يرجع الملك إلى الحابس أو ورثته، ويسمى هذا العقد بالحبس المقيّد ولا يجوز للمحبِّس الرجوع فيه.

ويلحق بالحبس: السكنى والعمرى والرقبى. فالسكنى تختصّ بالمسكن، والعمرى والرقبى تجريان بالمسكن وفي غيره من العقار والحيوان والأثاث ونحوها مما لا يتحقق فيه الإسكان، فإن كان المجعول الإسكان قيل له: سكنى، فإن قيد بعمر المالك أو الساكن قيل له: عمرى، وإن قيد بمدة معينة قيل له: رقبى، وإذا كان المجعول غير الإسكان كما في الأثاث ونحوه مما لايتحقق فيه السكنى لا يقال له: سكنى بل قيل: عمرى إن قيد بعمر أحدهما ورقبى إن قيد بمدة معينة.

وفي كل من الحبس بالسكنى أو العمرى والرقبى تبقى العين على

---

(١) المائدة: ١.

(٢) وسائل الشيعة/باب ٦ من السكنى/ح١.

مالك مالكها. ويلزم الحبس بالقبض، وعليه يجوز للمالك التصرف في ملكه بجميع أنواع التصرفات التي لا تنافي استيفاء المنفعة بالنسبة للمحبّس عليه.

وعلى ما تقدم من تعريف الوقف والحبس وما ألحق بالحبس من السكنى والعمرى والرقبى، يلزم الفصل بين لفظي الوقف والحبس كما تقدم من الاختلاف في أحكام كل منهما. فإن الوقف تخرج العين به عن ملك المالك حسب النصّ الكامل لا تباع ولا تورث ولا توهب، أما الحبس فتبقى العين على ملك مالكها مع كون المنفعة لآخر ويكون الحبس غير لازم كما إذا لم تكن المدة معينة، فإن عينت كان الحبس لازماً.

وعلى هذا فاعتبار الترادف بين لفظ الوقف والحبس كما نقل عن بعض العلماء غير صحيح، واتفاق الأحكام للوقف والحبس غير صحيح وإن كان كل واحد منهما يراد به وجه الله ويكون برًّا، فإن أنواع البرِّ كثيرة كالصدقة والوصية والهبة والوقف والحبس والعارية وأشباهها إلاّ أن كل واحد منها له حكمه الخاص به الذي لا يشمل غيره، فلا يمكن أن نُسمِّي الوقف حبساً وإن عُرِّف الوقف بالحبس إلاّ أنه قيد بقطع تصرف الواقف في الرقبة بخلاف الحبس الذي عُرِّف بأنه جَعلُ المالك حقّ الانتفاع بملكه لآخر مع تمكنه من التصرف بالرقبة تصرفاً لا ينافي استيفاء المنفعة بالنسبة للحبس عليه.

فما ذكره البعض[1] تحت عنوان وقف الأعيان المتكررة إذ قال: «وثمة صور أخرى لوقف الأعيان ساعد على ابتكارها تطور مفهوم المؤسسة، فالمؤسسة تعيش عمراً يتجاوز عمر مالكها والقائمين عليها معاً، وهي كثيراً ما تكون دائمة مؤبدة فإذا قامت مؤسسة ـ هذه طبيعتها ـ بتحبيس جزء عيني من منتجاتها على وجوه البر، إما على أساس منتجات يوم بعينه أو شهر معين متكررين، أو على أساس نسبة محددة من مجموع منتجاتها، فإن ذلك ـ ولا شك ـ وجه من وجوه البر الذي

(١) الدكتور منذر قحف في كتابه الوقف الإسلامي/تطوره، إدارته، تنميته ص١٨٠.

يتخذ نموذج الصدقة الجارية، ولا يخرج عن كونه صورة مستجدة من صور الوقف. . .

ومثل هذا الوقف يمكن أن يكون مؤبداً، لأن المؤسسة نفسها مؤبدة، فيمكن من إنتاجها تحقيق معنى التأييد. ويمكن أيضاً أن يكون جارياً متكرراً لمدة محددة لعشر سنوات أو لخمسين سنة حسب رغبة أصحابه. ولكل من الأجر والثواب على قدر ما يعمل من البرِّ. ولا يتعلق هذا الوقف بأي جزء من أصول الشركة وموجوداتها، وإنما هو وقف لجزء من إنتاجها فقط فهو نوع من وقف المعدوم الممكن الوجود الذي لم يكن موجوداً عند إنشاء الوقف.

وهذه الصورة الجديدة تشبه صورة وجدت في بعض البلدان الإسلامية في الماضي، في ميدان الحاصلات الزراعية، حيث عرف وقف نسبة من الحاصلات الزراعية دون أن يتعلق الوقف بعين الأرض الزراعية. وقد سمي هذا النوع من الوقف باسم «العقر الموقوف» في العراق[1].

أقول: إن ما ذكر لا يتم وذلك: لأن الوقف الاصطلاحي يختلف عن الحبس كما تقدم مع أن كليهما من وجوه البرِّ، فتحبيس جزء عيني من منتجات المؤسسة (أي: تحبيس بعض منافع العين على جهة برٌ) مع كون المؤسسة مملوكة لأصحابها الحقيقيين أو الحقوقتين يكون من الحبس الذي دل عليه الدليل وهو برّ بلا إشكال إلاّ أنه يختلف عن الوقف الذي تكون العين فيها قد خرجت من ملك صاحبها لا تباع ولا تورث ولا توهب.

فالحبس قد يكون مؤقتاً بعشر سنين أو بمدة عمر المالك أو المنتفع أو بمدة عمر ثالث، ومع هذا يتمكن المالك أن يتصرف بالعين أي تصرف لا يتزاحم مع منفعة المحبَّس عليه، وهذا يختلف عن الوقف

(١) المصدر السابق: ١٨٠ ـ ١٨١.

الذي لا يتمكن المالك أن يتصرف فيها أي تصرف ما دامت قد خرجت عن ملكه.

والخلاصة: إن الصدقة غير الجارية برٌّ والعارية برّ والهدية برّ والصدقة الجارية (الوقف) برّ والتحبيس المؤقت والمؤبد برّ إلاّ أن كل عنوان من هذه العناوين له دليله الخاص وحكمه الخاص وخصائصه المميزة له عن غيره فلا يمكن أن نتوسع في هذه العناوين بجعلها وقفاً تحت عنوان لا مشاحة في الاصطلاح.

على أن وقف المعدوم الممكن الوجود الذي لم يكن موجوداً عند إنشاء الوقف، لا يكون صحيحاً، لأن الوقف لا يمكن أن يكون معلقاً أو مضافاً إلى المستقبل كما قرر ذلك في شرائط الموقوف.

وقد ذكر الدكتور منذر قحف أيضاً فقال: «وإذا وجدت جماعة من المسلمين في مدينة سواء في بلاد المسلمين أم بلاد غيرهم واحتاجوا إلى مسجد للجُمع والصلوات، فأعار أحد المسلمين داره لمدة خمس سنوات ـ أو لنقل وقفه لهذه المدة وليكن اسم ذلك الفعل من البرِّ ما يسمى، ولو استعمل عبارة الوقف فلا مشاحة في الاصطلاح ـ ليكون مسجداً ريثما يبنى مسجد دائم لهم، أليس هذا من البرِّ؟ وهل يعقل للشريعة أن تمنعه؟ أو أن تظلم المعير أو الواقف المؤقت، فتأخذ منه الدار وقفاً مؤبداً بدعوى أن الوقف صحيح والشرط باطل؟!. ومثل ذلك يمكن أن يقال عن عقار تحتاجه مدرسة تقدم دورات تدريبية لفترة محددة ولكنها متكررة بشكل دوري مثل كل شهر أو كل سنة، فلو وقف مسلم عقاره لها لهذه المدة المتكررة وحدها، أيكون ذلك مما تحرّمه الشريعة أو تمنعه أو تسقطه من حسبانها؟ أم يكون الشرط باطلاً؟ فيؤخذ منه العقار على وجه التأبيد!... وهو أمر لم يرده الواقف ولم يقصده!

وإنما قد قصد التبرع بالمنفعة لوقت محدد لوجه من وجوه البرِّ العامة... ومثل ذلك لو وقف صاحب موقف للسيارات موقفه الذي يملكه لمدة ساعتين فقط كل أسبوع فترة صلاة الجمعة يستعمله المصلون لسياراتهم وجعل ذلك وقفاً موقوفاً بسنوات محددة أو مؤبداً دائماً حتى

لا يستطيع وارث أو مالك جديد للأرض أن يحرم المصلين من هذا الحقّ. . .

فهل يمنعه الفقيه المعاصر بحجة عدم قبول التوقيت في الوقف، فيحرم الناس من البر في حين أن الشرع الحكيم يشجع عليه. وهل يقبل عاقل أن الشريعة الإسلامية التي تبيح ـ بل تحث على ـ العارية والمنيحة وهما من أعمال البر المؤقتة التي ينتفع بها شخص بعينه تمنع مثل هذا البرّ نفسه إذا كان لمصلحة عامة ينتفع بها ناس كثيرون؟. . . إن المسألة في نظرنا: أن هذا النوع من أعمال البر لم يكن مألوفاً في عصور ازدهار الفقه لبساطة الحياة وعدم تعقدها وقلة تكاليف البناء وعدم وجود ضرائب على العقار وغير ذلك من أسباب ومعاذير»(١).

ثم قال: وبعد أن وازن الإمام أبو زهرة بين أدلة من يقول باشتراط التأبيد وأدلة من يرون جواز التوقيت في الوقف عقّب بقوله: «فرأيت أن الاكثرين عدداً قد قالوا: إن التأبيد جزء من معنى الوقف ومفهومه. وأن القلة من الفقهاء رأت أن التأبيد ليس جزء من معنى الوقف فيجوز مؤقتاً ومؤبداً معاً. وقد علمت أن القلة تستمد رأيها من معاني الشريعة ومغزاها ومرماها. وهي بهذا قد استعاضت عن قلة عددها بقوة دليلها. وكان من هذه القلة إمام جليل هو من أئمة الرأي وعلماء السنة: الإمام مالك. فجواز توقيت الوقف ـ مع قوة دليله ـ قد زاده قوة فوق قوته أنه قول من لا يحيد عن السنة قيد أنملة ومن يدرك وجوه الرأي السليم»(٢).

أقول: ويرد على الدكتور منذر قحف:

١ ـ إن إعارة أحد المسلمين داره لمدة خمس سنوات، هو إعارة وهو عقد جائز يجوز له الرجوع فيه، وهذا أمر صحيح كما ذكر الدكتور، إلاّ أنه بعد ذلك قال: ولنقل أنه وقف لمدة خمس سنين ولا مشاحة في الاصطلاح. ولكننا نعلم أن الوقف أمر لازم

---

(١) المصدر السابق: ١٤٩ ـ ١٥٠.
(٢) المصدر السابق: ١٥٣، عن أبي زهرة محاضرات في الوقف: ٧٧.

لا يجوز الرجوع فيه. فكيف يكون عارية ويكون وقفاً مع اختلاف أحكامهما وتصريحه بالعارية ونحن نقول أنه وقف؟!! مع أننا نتفق معه على أنه إن أجاز للمسلمين أن تكون داره خمس سنوات لإقامة الصلوات والجمع هو من البرّ والخير ولا يختلف معه أحد، ولا تمنعه الشريعة من ذلك، ولا نحكم بأن ما ذكره هو وقف إذ ذكر أنه عارية.

٢ ـ لو ذكر صيغة الوقف وقال: وقفت داري خمس سنين لإقامة الصلوات والجمع فيها، وكان قصده هو الانتفاع بالدار لا إخراج الدار عن ملكه، فهو تحبيس كما تقدم ويجب الوفاء به، وفرق بين الوقف والتحبيس، فإن الوقف هو إخراج العين عن ملكه (كما عليه الأكثر) بحيث لا يتمكن أن يتصرف فيها هو أو غيره ببيع أو هبة ولا تورث، فإذا كان قصده من لفظة الوقف هو التبرع بالمنفعة لوقت محدد وعدم إخراج العين عن ملكه فلا ينعقد وقفاً بل يكون تحبيساً كما تقدم ذلك ويجب الوفاء بما حبَّس، ولا يؤخذ منه العقار ويحكم بوقفيته على التأبيد إذا لم يقصد معنى الوقف من كلمة الوقف، ولا يقول به أحد.

٣ ـ إن الشريعة الإسلامية تحث على المنيحة والعارية وهما من أعمال البرّ المؤقتة لشخص معين، ويمكن أن تكون المنيحة والعارية للمصلحة العامة بحيث ينتفع بها ناس كثيرون، ولا يمنع أحد عن الثاني مع إجازة الأول كما ادعى ذلك الدكتور منذر قحف، إلاّ أن الكلام في كون هذا العمل من الوقف اللازم الذي لا يمكن الرجوع فيه، فلاحظ.

٤ ـ إن الإمام أبو زهرة الذي وازن بين أدلة من يقول باشتراط التأبيد، وبين أدلة من يرون جواز التوقيت في الوقف، وعقب بقوله بترجيح قول من يرى أن التأبيد ليس جزءاً من مفهوم الوقف فيجوز الوقف مؤبداً ومؤقتاً وهم القلة الذين فهموا مغزى ومرمى الشريعة فكان دليلها قويًا خصوصاً مع ذهاب الإمام مالك إلى جواز التوقيت في الوقف.

أقول: إن الإمام مالك الذي رجحّ صحة كون الوقف مؤقتاً لا يختلف عن قول الأكثر الذين قالوا: بأن الوقف لا يكون إلاّ مؤبداً وأن التأبيد مأخوذ في مفهوم الوقف إلاّ في إطلاق لفظ الوقف على التحبيس، وهو قد أخذ بالمعنى اللغوي للوقف الذي هو تحبيس، أما إذا عرفنا أن اصطلاح الوقف يختلف عن اصطلاح التحبيس (كما تقدم ذلك) حيث يكون الوقف عبارة عن إخراج العين الموقوفة عن ملكه، والتحبيس هو عبارة عن إخراج المنفعة عن ملكه فقط دون العين لمدة محدودة، وهذا الاختلاف في الاصطلاح قد أخذ من أدلة كلّ من الوقف والحبس، فلا يكون قول الأكثر باطلاً ولا معارضاً لما قاله الإمام مالك إلاّ في الاصطلاح الذي يكون الإمام مالك متسامحاً في إطلاق الوقف الاصطلاحي على التحبيس الاصطلاحي. فلاحظ.

وبهذا نفهم أن ما قاله الدكتور منذر قحف: «إنما نعذر فقهائنا الغابرين ممن كتبوا لنا هذا التراث الفقهي العظيم أن هذه المصالح والحاجات لم تنشأ في مجتمعاتهم (ويقصد التبرع بالمنفعة دون الملك لمدة معينة) فلم يتحدثوا عنها. ولكننا لا نعذر كاتباً معاصراً يتساءل مستنكراً «فهل يصح أن يقف إنسان مدرسة لتكون وقفاً على طلبة العلم الشريف لمدة شهر مثلاً، ثم تعود بعد ذلك لواقفها؟ أو أن يقف شجرة بستانه على اليتامى والمساكين لمدة يوم واحد؟» ثم يعقّب: «... أعتقد أن مثل هذا النوع من الوقوف هو ضرب من العبث يجب أن لا يقول به قائل» لأن مثل هذه الأعمال من البرّ معقولة في عالمنا المعاصر، بل معقولة جداً أو يمارسها فعلاً الكثير من الناس من مسلمين وغير مسلمين فهي تصح نعم! وليست هي من العبث كما ظنّ الكاتب. ولا يصح الاحتجاج بأنه «لا بدّ من أن يكون هذا البرّ والإحسان قائماً ودائماً ليستمر الانتفاع به ويحصل الثواب منه» لأن الثواب يحصل بإذن الله بقليل البرّ وكثيره وبما يدوم منه طويلاً ربما يدوم منه زمناً قصيراً، فلكل من الأجر والثواب بقدر ما قدّم وكل فاعل خير له ثوابه ﴿فَمَن يَعۡمَلۡ مِثۡقَالَ

ذَرَّةٍ خَيْرًا يَـرَهُۥ ﴿٧﴾»[1][2].

أقول: إن ما ذكره الدكتور منذر قحف لا يصح لأن المتكلم إذا قصد معنى الوقف الذي هو إخراج العين من ملكه مع قصده الانتفاع بالمنفعة فقط من دون إخراج العين عن ملكه فهو قد قصد أمرين متنافيين وهو من العبث واقعاً، وإذا قصد من كلمة الوقف الانتفاع بالعين لمدة محددة دون إخراج العين عن ملكه (كما هو الظاهر من فهم الدكتور منذر قحف من كلام من نقل عنه الكلام) فهو تحبيس وقد ذكره فقهاؤنا القدماء ولحق به العمرى والرقبى والسكنى، فيكون المتكلم قد قصد من لفظ الوقف معناه اللغوي الذي هو التحبيس دون معناه الاصطلاحي الذي يعني إخراج العين عن ملكه بحيث لا يتمكن الواقف ولا غيره من التصرف به ببيع أو هبة ولا تكون أرثاً بعد موته.

وحصول الثواب من الوقف ومن التحبيس لا يجعل الوقف حبساً ولا الحبس وقفاً بمعناهما الاصطلاحيين.

وقف النقود:

اختلف الفقهاء في وقف النقود فمنهم من أجازه ومنهم من منعه، ومدار الخلاف في إمكان استعمالها من دون استهلاك العين، فمن الفقهاء من أجاز وقف النقود لاتخاذها زينة، كما يجوز تأجيرها للزينة أيضاً أو تزيل عنه الذل أو يكون وجودها معه عند السفر إلى دولة أوروبية أو غيرها يوجب له السماح بالدخول أو إعطاء الفيزة.

ومن الفقهاء من منع من وقفها حيث لا يكون المراد من النقود إلاّ الاستهلاك والصرف فلا ينطبق معنى الوقف الذي هو تحبيس العين وتسبيل المنفعة، كما لا يصح وقف الرزّ للأكل. هذ كله مما بحث فيه الفقهاء ولا حاجة للبحث فيه الآن: إنما الكلام في وقف النقود للأقراض والمضاربة.

---

(١) الزلزلة: ٧.

(٢) المصدر السابق: ١٥١ ـ ١٥٢.

وقف النقود للأقراض أو المضاربة (وقف الماليّة):

إن المراد من وقف النقود في الحال الحاضر، هو أن تكون المالية هي الموقوفة مع تبدّل تجسيدها من عين إلى عين أخرى، فهل يجوز مثل هذا الوقف، مع أن فتاوى الفقهاء صرَّحت بأن الوقف إنما يصح في الأعيان المملوكة التي ينتفع بها مع بقاء عينها؟

وبعبارة أخرى: إنّ مشكلة حرمة تبديل العين الموقوفة تجعلنا نفكر في بديل لوقف العين بحيث يمكننا أن نوقف المالية، ونجعل المتولي على وقف المالية قادراً على التبديل والبيع بما يراه صالحاً في أي وقت أراد، وهذا ما يجعل الوقف مواكباً للمناشط العصرية التي تقوم بها السوق المالية، فيدخل المال الموقوف في المعاملات حسب ما يراه المتولي، أو يستفيد من مالية المال الموقوف المحتاجون لقضاء حاجاتهم من المال بشرط إرجاعها لتقرض ثانياً.

وهذا الأمر جيد إن قام عليه دليل يصحح هذا الموقف فهل من دليل على ذلك؟

قد يقال: أولاً: إننا نتمسك بإطلاق روايات الصدقة الجارية[١]، الوارد في روايات صحيحة متعددة، بمعنى أن الجريان ليس مصداقه الوحيد هو انحباس العين وتوقيفها عن البيع (حيث كان هو المصداق الرائج في زمن صدور النصّ) بل هناك مصداق آخر للصدقة الجارية، وهو مالية الشيء التي يمكن تجسيدها ضمن أعيان مختلفة متعاقبة، وحينئذ يكون قوام الجريان بالتحبيس ولكن المحبوس قد يكون عيناً وقد يكون مالية.

وهذا البيان لوقف المالية لا يعارضه ما ورد من تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة (الثمرة)، حيث إنّ وقف المالية أيضاً تحبيس لها، وقرضها أو المضاربة بها مع كون النفع للمحتاجين هو نوع تسبيل للمنفعة المرتجاة من المالية[٢].

---

(١) وسائل الشيعة ١٣: باب ١ من أبواب الوقوف والصدقات ح١ ـ ٥ وح١٠.

(٢) أقول: الذي يقف أمام هذا الوجه هو: أن المالية ليست شيئاً حقيقياً حتى يشمله حبّس الأصل وسبل المنفعة، فإن المالية شيء مجازي واعتباري فلا يشمله حبّس الأصل، لأنه ناظر إلى الأمور الحقيقية لا الاعتبارية.

وثانياً: إن صحيحة عبد الرحمٰن بن الحجاج[1] صرّحت بجواز شرط الواقف حقّ البيع والتبديل للموقوف عليه، وحينئذ يرجع واقع هذا الشرط إلى التصدّق بالمالية القابلة للتجسيد في الأعيان المختلفة.

ويرد على الدليل الأول: أننا نحتمل أنّ الصدقة الجارية الواردة في الروايات منحصر مصداقها في مرتكز المتشرعة في الوقف الذي لا يباع ولا يوهب ولا يبدّل، وهذا الارتكاز يكون صالحاً للقرينيّة الموجبة لانصراف إطلاق عنوان الصدقة الجارية إلى وقف العين.

ويرد على الدليل الثاني: أنّ في الصحيحة جواز بيع الوقف لوفاء الدين وجواز بيع الوقف وتقسيم الثمن على آل بني المطلّب وآل أبي طالب والهاشميين، وهذا معناه إبطال الوقف لا أن الوقف يكون للمالية التي تبقى ثابتة ويكون النفع منها بالقرض والمضاربة، فهي أجنبية عن محل كلامنا.

يبقى أننا نتمكن أن نصل إلى نتيجة وقف المال لأجل القرض والمضاربة مع صرف الربح في جماعة الفقراء من المسلمين بالوصية التي تنفذ بعد الموت في خصوص الثلث إن لم يرضَ الورثة بالزائد عليه، فيوصي الإنسان بصرف مقدار معيّن من أمواله في إقراض المحتاجين أو المضاربة به على أن يكون الربح لجماعة معينة، أما نفس الوقف بالنقود المالية فلم يتمّ عليه أي دليل[2].

ولكن قال صاحب العروة الوثقى: بصحة وقف مالية العين، فهو وإن لم يكن من الوقف المصطلح إلاّ أنه عقد يشمله ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ «والمؤمنون عند شروطهم» فقال: «إذا وقف مالية عين أبداً، يمكن أن يقال: إنّه وإن لم يكن من الوقف المصطلح إلاّ أن مقتضى العمومات العامة صحته، ونمنع حصر المعاملات في المتداولات، بل الأقوى صحة كل معاملة عقلانية لم يمنع عنها الشارع، فكما تصح الوصية بإبقاء

---

(١) وسائل الشيعة ١٣: باب ١٠ من الوقوف والصدقات ح٤.

(٢) راجع بحوث في الفقه المعاصر/للشيخ حسن الجواهري ٤: ١٥٨ ـ ١٦٠.

مقدار من ماله أبداً، وصرف منافعه في مصارف معيّنة مع الرخصة في تبديله بما هو أصلح، فكذا لا مانع في المنجز بمثل الوقف على النحو المذكور وإن لم يكن من الوقف المصطلح» ثم قال: «فوقف مالية المال وإن لم يكن صحيحاً للإجماع على الظاهر، لكن لا مانع من وقف العين بلحاظ ماليتها»[1].

فالنقود الورقية وكذا الذهبية والفضية يمكن للمالك أن يوقف ماليتها، وحينئذ يكون عقداً صحيحاً إذا قبل ذلك الحاكم الشرعي، فيتمكن أن يقرضها ثم ترجع ويقرضها مرة أخرى، كما يمكن أن يجعلها مضاربة لينتفع من ربحها من وقفها المالك عليه.

ومما قاله السيد الحائري في فقه العقود بالنسبة إلى وقف المالية إذ قال: «يمكن التعدّي من الوقف الذي هو تحبيس لعين خاصة إلى تمليك الماليّة التي يمكن تبديل تجسّدها من عين إلى عين أخرى فراراً من مشكلة حرمة تبديل العين الموقوفة، فيجوز للمتولي البيع والتبديل بما يراه صالحاً في أيّ وقت أراد، وذلك تمسّكاً بإطلاق روايات الصدقة الجارية[2]، بدعوى أن (الجريان) ليس مصداقه الوحيد عبارة عن انحباس العين وتوقيفها عن البيع وهو المصداق الرائج في زمن صدور النصّ، بل له مصداق آخر أيضاً وهو أن يكون المحبوس على المشروع الخيري ماليّة الشيء التي يمكن تجسيدها ضمن أعيان مختلفة متعاقبة، لا فرداً معيناً كي يصبح وقفاً لا يجوز تبديله، فقوام الجريان إنما هو بالتحبيس وليس بكون المحبوس فرداً معيناً من العين»[3].

ثم إن «صحيحة عبد الرحمٰن بن الحجاج الصريحة في جواز شرط الواقف حقّ البيع والتبديل، فيرجع واقع المطلب إلى التصدّق بالمالية، أو قل وقف الماليّة القابلة للتجسيد في الأعيان المختلفة»[4].

---

(١) العروة الوثقى ٢: ٢٦٤.

(٢) راجع الوسائل ١٣ باب (١) من أبواب الوقف والصدقات.

(٣) فقه العقود/للسيد الحائري ١: ٩٤ و٩٥.

(٤) المصدر السابق.

وصحيحة عبد الرحمٰن بن الحجاج ورد فيها: «... وإن كان دار الحسن غير دار الصدقة، فبداله أن يبيعها فليبعها إن شاء لا حرج عليه فيه، وإن باع فإنه يقسّمها ثلاثة أثلاث، فيجعل ثلثاً في سبيل الله ويجعل ثلثاً في بني هاشم وبني المطلب ويجعل ثلثاً في آل المطلب...» قال السيد الحائري: «فإن استظهرنا من هذا الكلام تبديل العين الموقوفة بعين أخرى بأن يشتري بثمن الأولى الثانية، فهذا يكون ما أسميناه بوقف الماليّة أو تمليكها لما وقفت عليه، وإن استظهرنا من هذا الكلام بيع الوقف وصرف ثمنه على الموقوف عليهم، قلنا: إذن فصحة شرط جواز البيع للتبديل أولى من شرط جواز البيع للصرف والاستهلاك، فإذا جاز هذا جاز ذاك، وذلك راجع إلى وقف وتمليك المالية القابلة للتبدل في تجسيدها من عين إلى عين»[1].

ولكن يرد على وقف المالية بالاصطلاح الفقهي المعروف ما تقدم من أن حبّس الأصل ناظر إلى الأصل الحقيقي لا الاعتباري والمالية أصل اعتباري لا حقيقي، والأصل الحقيقي هو النقد العيني.

ومع هذا نكون مؤيدين لما قرّره مجمع الفقه الإسلامي في قراره ١٥/٦/١٤٠ لإجازة وقف النقود بشأن الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعه، باعتبار أن وقف المالية عقد جديد يشمله أوفوا بالعقود.

هل يمكن أن نوقف إيراداً نقدياً يحصل في المستقبل دون وقف أصله؟

ذكر البعض[2] جواز ذلك، وقال بوجود صور متعددة لهذا الوقف تدور حول محورين:

المحور الأول: وقف إيراد عين معمرة لفترة زمنية محددة، ومثاله أن يحبّس شخص الإيراد الإجمالي أو الصافي الذي ينشأ عن استثمار عقار للأيام العشرة الأولى من ذي الحجة من كل عام، أو أن يقف

(١) المصدر نفسه: ٩٥.

(٢) منذر قحف/الوقف الإسلامي (تطوره، إدارته، تنميته): ١٩٦.

محسن (يملك موقفاً للسيارات) إيراد موقفه مما يدفعه أصحاب السيارات التي تقف فيه كل يوم جمعة، أو أن يقف صاحب حديقة حيوانات إيرادها لمدة شهر كل ثلاثة أعوام مثلاً.

المحور الثاني: وقف حصة محسوبة بنسبة مسؤولة من الإيرادات النقدية الاجمالية أو الصافية لهيئة أو مؤسسة استثمارية قائمة، إضافة إلى الزكاة المفروضة التي لا بدّ أن توزّع في مصارفها الشرعية.

ثم قال: والحقيقة أن حساب احتياطي مخاطر الاستثمار في البنوك الإسلامية هو قريب جداً من هذا النوع من الوقف. وهو لا يختلف عن الوقف الذي نتحدث عنه إذا اعتبرنا الوقف مؤقتاً بانتهاء وجود البنك نفسه، وذلك لأن النصوص المألوفة في عقد تأسيس البنك في أمر هذا الحساب أن يُجعل رصيده المتبقي في مثل مصارف الزكاة عند انعدام البنك الإسلامي... لأن جميع المال في هذا الاحتياطي موقوف (مخصص) بنصّ النظام الإسلامي لسداد أية خسارة ناشئة عن عجز في أعمال البنك بما يعود على أصحاب الودائع الاستثمارية (المضاربات) بالنقص في رؤوس أموالهم. وإن اعتبرناه وقفاً فإن ناظره هو إدارة البنك، وهو مؤقت بمدة بقاء البنك الإسلامي نفسه لأنه موقوف على أصحاب الودائع الاستثمارية لديه، فإذا انعدم البنك لم تعد هنالك ودائع استثمارية لديه.

أما إذا أردنا أن يكون وقف الأموال المتجمعة في حساب مخاطر الاستثمار مؤبداً فينبغي أن نضيف إليه موقوفاً عليه لا ينقطع كأن ينصّ أنه عند انعدام البنك يبقى أصل المال المتراكم في هذا الحساب ليستثمر في عقار أو مضاربة أو غير ذلك وتكون غلاته أو أرباحه في الفقراء والمساكين مثلاً(١).

أقول:

١ ـ إننا قد قبلنا سابقاً وقف مالية النقود للإقراض أو المضاربة وإن

(١) المصدر نفسه: ١٩٧ ـ ١٩٨.

لم تكن وقفاً اصطلاحياً، إلاّ أن وقف الإيراد النقدي دون أصله إنما يصح وقفه بعد تحققه ووجوده في الخارج وقبضه[1] من قبل الموقوف عليهم أو الولي لهم، وما لم يتحقق في الخارج لا يصح وقفه لأنه معدوم ولا يصح وقف المعدوم.

وكذا نقول في وقف الحصة المحسوبة بنسبة مئوية من الإيرادات النقدية الاجمالية أو الصافية إنما يصح إذا وجدت هذه الحصة المحسوبة بنسبة مئوية فيصح وقف ماليتها للأقراض أو المضاربة، أما إذا نوى شخص أن يقف ما يربحه أو أن يقف حصة مما يربحه فهو نية للوقف لا وقف حقيقي وفعلي لعدم وجود الربح في الخارج حتى يصح وقفه.

٢ ـ إن حساب احتياطي مخاطر الاستثمار في البنوك الإسلامية ليس من الوقف إذ هو وثيقة لسداد أية خسارة ناشئة عن عجز في أعمال البنك بما يعود على أصحاب الودائع الاستثمارية (المضاربات) بالنقص في رؤوس أموالهم، وفرق كبير بين الوقف والوثيقة لرؤوس الأموال عند نقصانها.

وعند انعدام البنك فإن النصوص المألوفة (كما يقول الأستاذ الدكتور منذر قحف): هو أن يجعل هذا الرصيد المتبقي في مثل مصارف الزكاة، وهذا أيضاً أمر قد قررته إدارة البنك يمكن العمل به عند انعدام البنك ويصرف في مصارف الزكاة كصدقة مستحبة.

٣ ـ نعم إذا أراد البنك أن تكون هذه الأموال المتجمعة في حساب احتياطي مخاطر الاستثمار في البنوك الإسلامية وقفاً لا ينقطع فينبغي أن يضاف إلى قوانين البنك جملة: «موقوفاً عليه لا ينقطع» أي: أن يكون المال المتبقي في هذا الحساب مستثمراً في

(١) القبض عند الإمامية أما هو شرط في اللزوم أو هو شرط في الصحة، فإن كان شرطاً في الصحة فقبل القبض لا يكون الوقف صحيحاً وإن كان شرط اللزوم فقبله لا يكون الوقف لازماً فيتمكن الواقف من الرجوع فيه. والقبض شرط اللزوم عند محمد من الحنفية وهو أحد الأقوال عندهم وهو قول عند محمد بن الحسن من الشافعية.

عقار أو مضاربة وتكون أرباحه وغلاته في الفقراء والمساكين.

أقول: إن هذا إنما يتم إذا بقيت هذه الإرادة لوقت انعدام البنك وجعل هذا المال وقفاً بماليته لتكون أرباحه في الفقراء والمساكين، أما جعل الصيغة للوقف حين إنشاء البنك وحين وجود الاحتياطي على أن يكون وقفاً عند انعدام البنك مستقبلاً فهو من الوقف المعلّق على انعدام البنك أو من الوقف المضاف إلى المستقبل وهو أمر لم تقرّه كثير من المذاهب فقال الحنفية والشافعية والحنابلة مع الإمامية: إن إنشاء الوقف معلقاً على شرط أو صفة مستقبلة باطل، أي: لم تترتب آثار الوقف عند صدور الصيغة المعلّقة أو المضافة إلى المستقبل.

وذلك لأن الوقف هو نقل الملك والتمليك لا يقبل التعليق على أمر في المستقبل، وعلل الشافعية عدم صحة التعليق على شرط مستقبل، بأنه عقد التزام ويبطل بالجهالة فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع. نعم إذا علّق الوقف على موت الواقف كان وصية[1].

وقف الأسهم:

هل يصحّ وقف الأسهم؟ والجواب عن هذا السؤال يتوقف على معنى السهم الذي يوجد في الأسواق وتبيعه الشركات للأفراد، والسهم قد يفترض له أحد معاني ثلاثة:

الأول: إن صاحب السهم قد يكون دائناً للشركة، أما الشركة فلها شخصية حقوقية مقابل أصحاب السهام، فهي تملك وتبيع وتشتري وتقرض وتهب وما إلى ذلك، وهي خارجة عن ملك الشركاء بالمرّة.

الثاني: إن صاحب السهم يعتبر شريكاً مع بقيّة ملاك الأسهم، فالشركة ملك للشركاء وفق حصصهم، ولكن توجد للشركة

---

(١) راجع الفقه الإسلامي وأدلته ج١٠/٧٦٥٩ نعم المالكية والزيدية يجوزان الوقف وإن كان معلقاً على شرط.

شخصية معنوية أكبر قيمة من الأموال الحقيقية التي جعلت من قبل الشركاء في الشركة.

الثالث: إن الأموال الحقيقة الموجوة في داخل الشركة هي ملك للشركاء كباقي أموالهم الشخصية إلاّ أنه على نحو الاشتراك، سواء كانت الشركة قهرية كما لو كان الشركاء إخوة قد ورثوا المال المشترك من أبيهم، أو عمدية واختيارية كما لو اشتركوا عمداً في المال، فالبيع والشراء يقع على أموال حقيقية وليست حقوقية ولا معنوية.

وحينئذ نقول: هل توجد ذمّة ماليّة للشركة بحيث يملك صاحب السهم مبلغاً من المال في ذمّتها قد حصل بواسطة القرض لها؟

والجواب: قد يقال: إن الأصل الأوّلي يقتضي نفي وجود شخصية حقوقية من هذا القبيل، وليس الإشكال في عدم تعقّل ذلك، فإن ذلك شيء معقول إلاّ أن الإشكال يكمن في عدم الدليل[1] على أن تكون الشركة مالكة ويملك شخص شيئاً في ذمّتها رغم وجود ما يشبه ذلك في فقهنا كملكية منصب الدولة.

وعلى هذا: فإن المعنى الأول للسهم وكذا الثاني الذي تقمصت الشركة فيه شخصية معنوية أكبر قيمة من الأموال الحقيقية، لا دليل على حقانيتها بحيث يكون لها ذمة قد ملك شخص فيها مقداراً من المال، وعلى هذا فلا يمكن وقف الشخص هذا المقدار من المال الذي هو في ذمة الشركة، إذ لا ذمة لهذه الشركة.

ثم على فرض الاعتراف بوجود الشخصية الحقوقية من هذا القبيل، ووجود الدليل على أن تكون الشركة مالكة ويملك شخص شيئاً في ذمّتها ولو بما قاله الأستاذ مصطفى الزرقاء حيث قال: «إنه بالرجوع

---

(١) أي: عدم الدليل على إمضاء الشارع هذا الشيء المعقول، فإنّ العرف العقلائي المعترف اليوم بهذه الشخصيات الحقوقية وتصور أحكام لهذه الشخصية من ملك أو ذمة؛ هل يوجد تخريج فقهي صحيح عليه وفق أدلة الفقه الإسلامي؟

إلى القواعد الفقهيّة في الشريعة الإسلامية (وما أسلفناه) يتضح أن النظريات الحقوقية الحديثة والأحكام القانونية المعتبرة اليوم في الشخصية الحكميّة تتفق كلّها مع قواعد الفقه الشرعي، ولو أن هذه المؤسسات ذات الشخصية الحكميّة القانونية اليوم وجدت في العصور الفقهية الماضية لأقرّ لها الفقهاء هذه الأحكام التي جاء الشرع بأمثالها في شخصية الدولة وبيت المال والوقف (كما تقدم)، فالأحكام القانونية المتعلّقة بالأشخاص الحكميّة العامّة والخاصّة كالجمعيات والمؤسسات يمكن إدخالها في صلب الفقة وكتبه[1]. أو بناءً على مباني القياس والاستحسان والمصالح المرسلة، فإننا حتى لو قبلنا ذلك إلاّ أنه لا يصح وقف السهم المشاع بناءً على المعنى الأول حتى لو قبلنا وقف المالية وذلك: لأن وقف المالية الذي قُبل هو عبارة عن وقف مالية العين الذي يمكن أن تبدّل إلى شيء آخر أو يمكن أن تُقرض ويُرجع بدلها ليقرض مرّة ثانية، أما وقف ما في ذمة فلا ن فهو أمر مرفوض[2] لعدم صحة وقف ما في الذمة الذي هو أمر كلّي وليس عيناً خارجية حيث دلّ الدليل على صحة وقف الاعيان الخارجية لقول رسول الله (صلى الله عليه وآله): «حبّس العين وسبّل الثمرة». فلاحظ.

أما المعنى الثاني للسهم: فيصح أن يوقف السهم مالكه وإن كان السهم يحتوي على قيمة مالية أكبر[3] من قيمته الحقيقية في الشركة بشرط أن تتعامل بالحلال.

لأن وقف السهم من قبل صاحبه يكون عبارة عن وقف الحصة المشاعة المملوكة لصاحب السهم. وقيدُ التعامل بالحلال يقتضي كون

---

(١) راجع الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٣: ٣٣٥ من الطبعة الخامسة.

(٢) سيأتي في بحث وقف المنفعة تصريحات من المذاهب الإسلامية بعدم جواز وقف ما في الذمة الذي هو أمر كلي غير موجود في الخارج وإنما يطبّق هذا الأمر الكلي على الخارج من قبل من كان الكلي في ذمته، فانتظر.

(٣) وإن كانت هذه القيمة الزائدة على القيمة الحقيقية قد جاءت نتيجة وجود الشخصية المعنوية للشركة.

الوقف قربة لله تعالى، فيجب أن يكون ريع الوقف من مصدر يجوز التربّح منه وهو الكسب الحلال.

أمّا المعنى الثالث للسهم: فنقول: إذا كانت الشركة التي عليها الشركاء الحقيقيون تعمل في الأمور المحللة وتبتعد عن الأمور المحرّمة، فيمكن لصاحب السهم أن يوقف سهمه على جهة خيرية، لأنه عبارة عن وقف المشاع الذي يصح وقفه في فقه كثير من المذاهب الإسلامية ومنهم الإمامية، أو أنه يكون عبارة عن وقف المالية للأعيان التي صححها بعض الفقهاء.

وعلى هذا: فإن سهام البنك «إذا كان البنك لأشخاص حقيقيين لا يعمل إلاّ بالأعمال المحلّلة» يمكن وقفها على الجهات الخيرية أو غيرها.

والخلاصة: إن السهم إذا كان بمعنى الورقة المالية القابلة للتداول حسب حكم الشريعة الإسلامية، حيث إنها تمثّل وثيقة لملك حقيقي للموجودات المادية والحقوق المتمولة في شركة معينة فيصح وقفها «وإن كان هناك نقود للشركة وديون عليها إلاّ أن هذه النقود والديون تكون مغلوبة للموجودات الحقيقية والحقوق المتمولة». حتى وإن كانت هذه الورقة المالية يختلف قيمتها الاسمية عن قيمتها السوقية نتيجة وجود الشخصية المعنوية للشركة.

وقف الصكوك والسندات:

وهل يصح وقف الصكوك والسندات؟

والجواب: إن الصكوك (الأوراق المالية) والسندات حكمها حكم السهم إذا كانت تمثّل حصة في الشركة التي ترجع أموالها للأشخاص الحقيقيين على نحو الاشتراك، فيصح وقف الصكّ أو السند، لأنه إما راجع إلى وقف المشاع أو وقف المالية وكلاهما قد صححا (كما تقدم).

أما إذا كان السند أو الصك (الورقة المالية) بمعنى أنه قرض بفائدة يباع في البورصة أو البنوك الربوية. فهذه الخصوصية تجعل التعامل به

محرّماً مطلقاً، لأنه يوجب الدخول في الربا المحرّم، ولكن هل يصحّ وقفها؟

الجواب: عدم صحة هذا الوقف حتى لو آمنّا بصحة وقف المالية، إذ كما تقدم أن صحة وقف المالية يرجع إلى وقف مالية العين، أما هنا، فإن لم توجد عين يمثّلها السهم بل يكون السهم إشارة إلى قرض في ذمة الآخرين، فلا يصح وقف ما في الذمم كما تقدم لأنه وقف للكلي ولم يصح وقف الكلي في الشريعة الإسلامية حسب دليل الوقف المتوقف على وقف الأعيان.

تصريحات بصحة وقف السهام:

وذكر البعض «من أهل السنّة» صحة وقف الأسهم وتبعهم على ذلك قانون الوقف الليبي بحجة: أن الأسهم من الأمور المنقولة وقد أجاز المالكية وقف المنقول فقال: «وبعض التشريعات توسّعت في وقف المنقول: فقد نصّت المادة السابعة من قانون الوقف الليبي في فقرتها الثانية على جواز وقف الحصص من الأسهم والشركات التي تستغل أموالها استغلالاً جائزاً. والأسهم والحصص من المنقول الجائز وقفه، والقيد الذي وضع على نوع الاستغلال يقتضيه أنّ الوقف قربة لله تعالى في الغالب فيجب أن يكون ريع الوقف من مصدر يجوز التربّح منه، والقاعدة العامّة في الشريعة الإسلامية أن يكون الكسب حلالاً.

وهذه التوسعة نجد سندها في المذهب المالكي الذي يجيز وقف المنقول استقلالاً»[1].

أقول: إن الإمامية أيضاً أجازوا وقف المنقول إذا كان عيناً ينتفع بها مع بقائها، إلاّ أن السند لا يكون من المنقول إذا كان كاشفاً عن أعيان في الشركة كما تقدم في المعنى الثالث والثاني من السهم. حيث

(١) راجع نظام الارث والوصايا والأوقاف: ١٩١.

يكون السند كاشفاً عن أعيان قد تكون منقولة وقد تكون غير منقولة كالعقار والأرض.

وأما بناءً على المعنى الأول للسهم فيكون الوقف من قبيل وقف ما في الذمة فلا يصح.

وقد نسب البعض من أهل السنة أيضاً إلى القانون المصري جواز وقف السهم في الشركة المالية كاستثناء من عدم وقف الحصة الشائعة عند المالكية فيما لا يقبل القسمة، فقال: الثالثة (من موارد الاستثناء) أن تكون الحصة الشائعة حصة أو أسهماً في شركات مالية، بشرط أن تكون طرق استغلال أموال الشركة جائزة شرعاً من صناعة أو زراعة أو تجارة، فإن كانت محرّمة شرعاً كالطرق الربوية فلا يصح وقف أسهمها[1].

أقول: وهذا الاستثناء إنما يصح لمن قال بأن الوقف لا بدّ أن يكون في عين خارجية، أما إذا كان السند قرضاً فلا يمكن أن يوقف كما تقدم ذلك منّا لأن الوقف إنما في الأعيان الخارجية. ولا يشمل ما في الذمم الذي هو أمر كلي.

ملاحظة: هل يجوز وقف الأسهم والصكوك التي يحرم الاشتراك والمساهمة «في الشركة التي تعمل في الحرام» حال إرادة تخلّي مالكها عن ملكيتها والتبرع بها لجهة برٍّ لا تنقطع؟

والجواب: إن الاسهم التي اشتركت في الحرام فبالإضافة إلى الحرمة التكليفية قد أصبح جزء منها محرماً بمعنى أن قسماً منها لم يستحقه صاحب السهم المشترك في الشركة بل هو للغير يجب إرجاعه له، فإن عرفه بعينه يجب إرجاعه إليه وإن كان ميتاً فيجب إرجاعه إلى ورثته إن عرفهم وإن لم يعرفه أو لم يعرف ورثته عند موته فيكون المال الذي أضيف إلى ماله من مجهول المالك الذي يجب فيه التصدق عن المالك فإن في التصدق عن المالك نوع من وصول الحق إلى صاحبه.

وعلى هذا فيمكن لصاحب السهم الذي يكون سهمه «مختلِطاً من

(١) راجع الفقه الإسلامي وأدلته ١٠: ٧٦٣٦ نقلاً عن الوقف لعيسوي: ٣١.

مال صاحب السهم قبل العمل في العملية المحرمة ومن مال الآخرين ولا يمكن إيصال المال المحرم إلى صاحبه» أن يوقف السهم الذي تعامل بالحرام، لأن قسماً منه يمثل حِصة شائعة في الشركة والقسم الآخر الذي يكون للآخرين يتصدق به عن صاحبه ووقفه على وجوه البرّ نوع من الصدقة يصل ثوابها لصاحب المال، إذ لا فرق بين التصدق بأصل المال الذي للآخرين مباشرة أو بوقفه والانتفاع من وارده كالوقف. ولكن ليس معنى وقفه هو إبقاؤه في الشركة التي تتعامل بالحرام، بل ببيعه ووقف ما حصل منه من أعيان في قبال بيع السهم أو تبديله بسهام تعمل في شركة عملاً محللاً.

التصرف في الأسهم والصكوك الموقوفة بأنواعها بالإبدال والاستبدال:

أقول: إذا آمنا بوقف المالية (للسهم القابل للتداول) «كما تقدم في وقف النقود عن صاحب العروة وإن لم يكن من الوقف المصطلح» ووقف شخص مالية السهم لجهة برّ معيّن فيجوز الإبدال والاستبدال بما يراه المتولي صالحاً في أي وقت أراد، لأنه إذا كان المحبوس هو مالية الشيء فيمكن أن نجسد هذه المالية ضمن أعيان مختلفة؛ خصوصاً إذا استمرت الخسارة للسهام، أو في حال تصفية الشركة.

وإذا وقف صاحب السهم سهمه وأجاز تبديله بالبيع وغيره «كما تقدم جواز ذلك» فمعنى ذلك أن صاحب السهم قد أوقف المالية القابلة للتجسيد في الأعيان المختلفة وصرح بذلك.

وقف الحقوق المعنوية:

هناك حقوق للإنسان يمكن نقلها للآخرين، فهي حقوق قابلة للتداول، وبهذا الاعتبار تكون حقوقاً مالية حيث تقابل بالمال. وهناك حقوق ليس للإنسان نقلها إلى الآخرين، فلا تكون حقوقاً مالية. ومثال الأول حقّ استغلال المؤلف والمبتكر نشر مؤلفه أو ابتكاره وتقديمه للآخرين، وهذا الحقّ قابل للتداول وإعطائه للآخرين في قبال مال، فهو

حقّ مالي، ومثال الثاني: حقّ التأليف نفسه وحقّ الابتكار فهما حقّان غير قابلين للتحويل من شخص لآخر لأنه يكون كذباً وافتراءً.

والمراد من وقف الحقوق هنا هو الحق الأول من هذين الحقين، فالمؤلف عندما يؤلف كتاباً يكون من حقه نشره، والمبتكر عندما يبتكر آلة يكون من حقه تكثيرها، وكذا الشركة التجارية عندما تُحدث اسماً تجاريًا أو علامة تجارية فلها الحقّ في تكثير فروعها في أماكن ودول أخرى بهذه العلامة والاسم التجاري. وهذا قد يعبّر عنه بـ (الملك المعنوي) الذي يقابل بالمال.

وكمثال على ذلك أيضاً: ما يوجد في مقدمات بعض الكتب التي يصرِّح فيها المؤلف فيقول: «حقّ الطبع والنشر محفوظ للمؤلف» وهذا يعني عدم السماح بالتصرف في هذا الملك المعنوي أو الحق الذي حصل عليه المؤلف لغيره. وقد يكتب المؤلف على كتابه فيقول: «حق الطبع والنشر صدقة لله تعالى» وهذا يعني أن كل شخص مباح له طبع الكتاب ونشره بشرط أن يكون ربحه «أو جزء منه» صدقة لله تعالى عن مؤلف الكتاب، وحينئذ يكون الربح سائغاً لناشر الكتاب بشرط أن يتصدق به أو بجزء منه، وهذا يعني أنه أوقف حقّه كمؤلف، وهذا الحقّ يحدد في السوق لطبعة واحدة أو لجميع الطبعات.

كما أنه قد ينصّ المؤلف فيقول: «سمحت لأي ناشر أن يطبع الكتاب وينشره» وبهذا سيكون المؤلف قد سمح لأي شخص أن يتكسّب بحقه هذا، ولكن هذه الصيغة الأخيرة لم تكن مألوفة عادة في الكتب المؤلفة.

ولا بدّ من التنبيه: إلى أن الكتب التي كتب عليها مؤلفوها: أن حقّ الطبع والنشر يكون صدقة لله تعالى كله أو جزء منه، حيث تكون هذه الصيغة عبارة عن وقف حقّ الاستغلال بالصورة المألوفة سابقاً تشمل صور الاستغلال الأخرى، مثل: تحويل الكتاب إلى فيلم سينمائي، أو إلى ديسك كمبيوتر، أو أي استغلال آخر، لأن هذه الصور الأخرى

للاستغلال مراده ملاكاً[1] للمؤلف وإن لم تكن مذكورة باللفظ، فهي مقصودة غير مذكورة لعدم كون هذه الاستغلالات معروفة في ذلك الوقت.

كما يصح لنا أن نقول: إن كلمة النشر مطلقة تشمل كل أنواع النشر سواء كان على الورق أو في فيلم سينمائي أو ديسك كمبيوتر، ولكن المؤلف لم يكن في عصره إلاّ مصداق واحد للنشر، وهو النشر على الورق، وقد ظهرت الآن المصاديق الأخرى للنشر فتشملها كلمة «حقّ النشر صدقة لله تعالى» فيكون حق النشر موقوفاً لله تعالى سواء نشر الكتاب على الورق أو بصورة أخرى حسب إطلاق الكلمة.

هذا وقد تعرّض الأستاذ مصطفى الزرقا لهذه الحقوق تحت عنوان حقوق الابتكار تعرض فيه لإثبات أن هذه الحقوق هي حقوق مالية «تقابل بالمال» ولا يجوز للآخرين التعدّي عليها، وذكر دليلاً على ذلك ونحن لا بدّ لنا من إثبات ماليتها أولاً بدليل ينسجم مع مباني الفقه الإمامي ثم نبحث عن وقفيتها بعد ذلك وإليك الآن نصّ كلام الأستاذ مصطفى الزرقا فقال: «هناك نوع من الحقوق المالية أوجدته أوضاع الحياة المدنية والاقتصادية والثقافية الحديثة، ونظمته القوانين العصرية والاتفاقات الدولية ويسميه بعض القانونيين: (الحقوق الأدبية) كحقّ المخترع والمؤلف، وكل منتج لأثر مبتكر فنّي أو صناعي، فإن لهؤلاء حقًّا في الاحتفاظ بنسبة ما اخترعوه أو أنتجوه إليهم، وفي احتكار المنفعة المالية التي يمكن استغلالها من نشره وتعميمه. ومثله العلامات الفارقة الصناعية والعناوين التجارية وامتيازات إصدار الصحف الدورية، كلّ ذلك بشرائط وحدود تقرّرها القوانين المحلية والاتفاقات الدولية».

ثم قال: «والقصد من إقرار هذه الحقوق إنما هو تشجيع الاختراع

(١) المراد من المراد الملاكي: هو أن الكاتب أو المؤلف وإن لم يتكلم كلاماً بصورة مطلقة يشمل كلامه هذه الصور الجديدة إلاّ أنه يريد حقه من استغلال مؤلَّفه لهذه الصور الجديدة، لأن المصلحة التي دعته إلى التكلم بحفظ حقّ النشر والطبع له هي بنفسها موجودة في حقّ استغلال هذه الصور الجديدة.

والإبداع كي يعلم من يبذل جهده فيهما أنه سيختصّ باستثمارهما، وسيكون محميًا من الذين يحاولون أن يأخذوا ثمرة ابتكاره وتفكيره ويزاحموه في استغلالها».

ثم قال: «وفي الشرع الإسلامي متّسع لهذا التدبير تخريجاً على قاعدة المصالح المرسلة في ميدان الحقوق الخاصة».

أقول: بما أننا لا نؤمن بمبدأ المصالح المرسلة التي يؤمن بها الأستاذ مصطفى الزرقا، فلنا الحق في البحث عن التبرير الشرعي لهذا الحق على مباني الإمامية الذين لا يؤمنون بمبدأ المصالح المرسلة بحرفيتها فنقول:

١ ـ لقد ذكر الأستاذ السيد كاظم الحائري إمكان أن يكون التبرير الشرعي هو الإيمان بمبدأ ولاية الفقيه فقال: «فالولي الفقيه متى ما يرى المصلحة الاجتماعية بالمستوى المبرّر لإلزام المجتمع بأمثال هذه الحقوق يُعمل ولايته في تثبيت ذلك، فإذا حرّم مثلاً على الناس «منع الناس» أن يطبعوا تأليف شخص مّا بلا إذنه صحّ للمؤلف أن يأخذ مبلغاً من المال ممّن يريد الطبع لقاء إذنه، له بذلك، ولو طبع بلا إذنه فرض عليه بمبدأ ولاية الفقيه دفع ثمن حقّ الطبع إلى المؤلف كما تُفرَض الضرائب على الناس بمبدأ الولاية[١].

أقول: إن هذا الدليل يختص بما إذا كانت مصلحة اجتماعية توجب إلزام ولي الفقيه الناس، فيعمل ولايته بمنع طبع كتاب شخص من دون إذنه، وحينئذ سيكون له الحق في الإذن بطبع كتابه مقابل مال معين، ولا يشمل ما إذا كانت المصلحة الاجتماعية لا توجب الإلزام وعلى هذا سوف لا يكون للحق بما هو حق موضوعية في عدم جواز الاستفادة منه من دون إذن صاحبه. أي: إن الحكم هنا هو حكم حكومي لا دائمي مستفاد من أدلة شرعية تثبت الحكم إلى يوم القيامة.

---

(١) فقه العقود/للسيد كاظم الحائري ١: ١٥٩.

٢ - يمكن أن يكون المبرر الشرعي هو التمسك بالارتكاز العقلاني الدال على امتلاك هذه الحقوق بعد عدم ورود الردع. وندعي أن هذا الحق ليس هو حقاً جديداً حتى يكون الارتكاز حديثاً لم يكن في زمن المعصوم كي يدل عدم الردع على إمضائه، بل هو مصداق جديد للارتكاز الموجود في زمن المعصوم وذلك: بأن نقول: إن المنشأ الأولى للملكية الاعتبارية هو الحيازة والعلاج، فالعلاج أو الصنع كما في إحياء الأرض أو تعميرها أو حفر عين ماء مثلاً، وكذا في تأليف الكتاب فالمؤلف قد صنع الكتاب وقد يكون قد تعب عليه أكثر مما تعب محيي الأرض أو معمّرها أو حافر العين، إذ قد تكون له إبداعات حديثة وابتكارات جديدة خلقها بعبقريته وضمّنها الكتاب.

إذن الارتكاز لملكية الصنع والعلاج موجود في تأليف الكتاب، وكان لا يجوز لأي أحد التصرف في هذا الكتاب والنقل منه إلاّ بواسطة الإجازة والإذن، أو بواسطة الإلقاء من قبل صاحب الكتاب.

غاية الأمر أوجد العلم الحديث مصاديق أخرى لاستغلال ملكية المؤلف للكتاب، وهو طبعه ونشره وحصره في شريط مسجّل أو ديسك كمبيوتر، وأمثال ذلك فالمؤلف يملك طبع هذا الكتاب ونشره وتكثيره على شكل شريط مسجل أو ديسك كمبيوتر وما إلى ذلك من مصاديق للاستفادة من استغلال ملكية الكتاب.

وكذا بالنسبة إلى الاختراع وإيجاد الفن أو العلامة التجارية فإنه مصداق جديد للعلاج أو الصنع فالارتكاز على أن أتعاب الإنسان في صنعه لشيء مادي كالإحياء والتعمير والتأليف مملوكة له ولم يردع الشارع عنها، فيكون استغلالها في منفعة ولا يجوز لأحد مزاحمته في الانتفاع بها أمر لا ريب فيه، نعم وجدت مصاديق أخرى للعلاج أو الصنع مثل: الابتكار والعلامة التجارية والأثر الفني أو الصناعي، فالارتكاز يقول: إن من حق أصحاب هذه الأمور الاحتفاظ بنسبة ما أوجدوه وصنعوه والاحتفاظ بالمنفعة المالية التي يمكن استغلالها من تصحيحه أو نشره.

٣ ـ كما يمكن أن يقال: إن الإنسان يملك عمله ملكية تكوينية «لا اعتبارية» كملكيته لأعضائه وجوارحه، وهذه الملكية التكوينية مع نتائجها هي موضوع حقّ الاختصاص، فلا يجوز لأحد أن يتصرف فيها بغير إذن مالكها، «ولا يحل مال امرئ مسلم، إلاّ بطيب نفسه»[١].

فحقّ الابتكار والأثر الفني والصناعي والعلامة التجارية وامتيازات الصحف وحق الطبع والنشر والتكثير التي تكون انتفاعات لنفس الحق تكون من ممتلكات صاحب الحق، فإذا تصرف شخص بالطبع والنشر والتكثير وبقية الانتفاعات الراجعة إلى حق غيره، فيكون قد تصرف في مال غيره، وهو منهي عنه إلا مع الإذن.

ثم نقول: فإذا أراد صاحب الحق أن يعطي الإذن لغيره في الانتفاع في عمله في مقابل مال معين فتشمله أدلة المعاملات التي لا تشترط فيها العينية.

٤ ـ حكم العقل العملي القائل: إن الإنسان أولى من غيره في الانتفاع بعمله واستغلال نتائج عمله، وإذا استغل شخص نتيجة عمل غيره (من حقوق الابتكار) فهو غير جائز لحكم العقل بأولوية الإنسان على الاستفادة من عمله ونتائج عمله من الآخرين.

إلاّ أن هذا الوجه إنما يتم إذا أراد صاحب الابتكار أن يستفيد من عمله ونتائج عمله، وأما إذا لم يرد ذلك أو مات وأراد إنسان آخر أن يستفيد من العمل أو نتائج العمل فلا يكون مخالفاً لحكم العقل بالأولوية.

وقف الحق المعنوي التراثي:

هناك الكتب التراثية التي صرح مؤلفوها بأنهم ألّفوها لتوضع بين

(١) راجع الروايات في باب ٣ من الأنفال/ح٦ وباب ٣ من مكان المصلي/ح١ وباب ١ من قصاص النفس/ح٣.

يدي طلاب العلم والمعرفة ابتغاء وجه الله تعالى، وبعض من هذه الكتب قد صرح صاحبها أو ناسخها بكونها وقفاً لله تعالى، أو على طلبة العلوم الدينية، أو على أولاده العلماء، وقد يكون المؤلف أو الناسخ قد قصد وقف النسخة المخطوطة فقط.

ولكن لنا أن نقول: إن المؤلف أو الناسخ قد ملك حقًّا معنوياً (أو قل ملكاً معنوياً) قابلاً للتداول، وهو حقّ نشر وطبع هذا الكتاب الذي بين الدفتين، فعند وقفه لهذه النسخة فهو قد وقف الحقّ في النشر لكل أحد بشرط أن ينتفع من هذا النشر طلبة العلوم الدينية أو أولاده العلماء أو يكون الربح صدقة لله تعالى عنه.

وعلى هذا: فمن أراد أن ينشر كتاباً تراثياً موقوفاً أو يحقق كتاباً تراثياً وينشره لا بدّ أن يلحظ حقّ المؤلف الأصلي (أو الناسخ إذا كانت النسخة لغير المؤلف) من كل كمّية تطبع من الكتاب وتنشر، ويوجّه إلى حيث انصرفت إرادته الوقفية أو غيرها، فإن كانت إرادته وقفاً لله تعالى فيُصرف حقه في الصدقة عنه، وإن كانت إرادته وقفاً على طلاب العلوم الدينية، فيصرف حقه في منفعتهم، وإن كانت أرادته وقفاً على أولاده العلماء فيصرف حقه في منفعتهم، وإن لم يذكر الوقف على النسخة الأصلية، فيكون حقه ملكاً لورثته فيعطى لهم إن عرفوا وإلاّ فيتصدق به عنهم، حيث تكون الصدقة عنهم نحواً من وصول الحق إليهم على نحو التصدّق بمجهول المالك.

وقدر حقّ المالك في طبع الكتاب ونشره، وكذا قدر حقّ المحقق الذي حقق الكتاب ونشره يمكن تقديرهما من قبل أهل الخبرة في هذه الأمور.

دليل صحة وقف الحق:

هذا وقد يشكل علينا: باننا أخذنا صحة وقف الحق أمراً مفروغاً عنه، فقد يقال ويتساءل عن دليل صحة وقف الحق مع أن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «حبّس الأصل وسبل المنفعة» مشيراً إلى عين

ومزرعة موجودة في الخارج، فلا يشمل قوله الحق الذي هو حقّ الاختصاص الذي لا يكون عيناً وإن نشأ هذا الحقّ من العين.

ونقول: لا دليل على اشتراط أن يكون الموقوف مملوكاً، إذ يمكن أن نقول بصحة وقف الحقّ «حقّ الاختصاص» إلاّ إذا ثبت إجماع على أن يكون الموقوف مملوكاً «والملك درجة أقوى من الحقّ»[1] ولم يثبت هذا الإجماع، فالحق يمكن أن يطلق عليه أنه أصل يمكن وقفه والاستفادة من منفعته، فلو كان لإنسان حقّ العبور من هذا المكان إلى منزله ولم يكن هذا الحق له بصورة خاصة فيمكنه أن يوقف هذا الحق للآخرين إذ يصدق عليه حبّس الأصل وسبّل المنفعة وكما لو كان لإنسان الحقّ في كمية من الماء كل سبعة أيام لسقي مزرعته فيمكنه أن يوقف هذا الحق للنفع العام والشرب فيصدق عليه أنه حبّس الأصل وسبّل المنفعة.

ولهذا ذكر صاحب الجواهر (قدس سره) في مبحث وقف الكلب (كلب الزرع والحائط والماشية) بناءً على ملكيته فقال: «وإن قلنا بعدم

---

(١) ذكر المحقق النائيني: إن الحق سلطنة ضعيفة على المال والسلطنة على المنفعة أقوى منها والأقوى منهما السلطنة على العين (الملك) فالجامع بين الملك والحق هو الإضافة الحاصلة من جعل المالك الحقيقي لذي الإضافة المعبّر عنها بالواجدية، وكون زمام أمر الشيء بيده من جُعل له وكونه ذا سلطنة وقدرة. وهذه الإضافة لو كانت من حيث نفسها ومن حيث متعلقها تامة بأن تكون قابلة لأنحاء التقلبات تسمى ملكاً ولو كانت ضعيفة ومن بعض الجهات تسمّى حقًّا. (منية الطالب/للشيخ موسى النجفي/١: ٤١).

وقد ذكر الشيخ الآملي (المكاسب والبيع/للشيخ محمد تقي الآملي/١: ٩٢] عن المحقق النائيني نقلاً عن بعض العلماء بأنه قد فسّر الحق بالملكية غير الناضجة وقد نسب هذا المعنى للحق الى المشهور المحقق الأصفهاني (في تعليقته على المكاسب فائدة في تحقيق حقيقة الحق: ١٠ و١١).

أما في الفقه الوضعي: فالمعروف عدم التمييز بين الملك والحق واعتبار الملك مصداقاً من مصاديق الحقّ. والأستاذ مصطفى الزرقا يتّبع في مصطلحه في الحق: الفقه الغربي في جعل الملك مصداقاً من مصاديق الحق. (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ٣: ١١ (فقرة ٣) حيث قال: الحقّ هو اختصاص يقرّر به الشرع سلطة أو تكليفاً).

ملكها وإن لصاحبها حقّ الاختصاص، ولكن له الانتفاع بها، اتجه حينئذ عدم صحة وقفها بناءً على اعتبار مالك الأصل، ولكن قد يشكل أصل اشتراط ذلك إن لم يكن إجماعاً على وجه يخرج عنه الفرض، بل لعلّ قوله: «حبّس الأصل وسبّل الثمرة» يشمله، إذ لا دلالة في الأصل على اعتبار كونه مملوكاً وهو واضح»[1].

وبهذا يتضح أن مَنْ له الحق يمكنه وقفه، فالكتاب الذي ألّفه مؤلفه وأعطى حقّ الانتفاع به إلى جهة معينة يصح لهذه الجهة أن توقف هذا الحق وإن لم تكن مالكة للأصل، كما يتضح بالأولوية أن الجهة إذا ملكت الأصل وملكت هذا الحق الناشئ من ملكية الأصل يجوز لها أن توقف حقّ الانتفاع على جهة برٍّ معينة دون وقف أصل الكتاب، حيث لا يشترط في الموقوف أن يكون مملوكاً إن لم يكن إجماع على ذلك، بل يشترط أن يكون الموقوف شيئاً مختصاً بالواقف سواء كان ملكاً أو حقًّا، فإذا حصل لإنسان حقّ الاختصاص فيمكنه أن يوقف هذا الحق إذ يشمله حبّس الأصل وسبّل المنفعة.

ثم إن لنا أن نقول: إن الحق هل يكون مالاً كي يمكن نقله والمعاملة عليه أوْ لا؟

والجواب: هو أن الحقّ ليس مالاً لأن حاله حال الملك، فالملك لا يعتبر مالاً وإنما يتعلّق بالمال كذلك الحق ليس مالاً ولكنه يتعلّق بالمال، ومالية المتعلّق كافية في نقل الحق وجواز المعاملات عليه التي تحتاج إلى مالية العوضين فيها.

فالمعاوضة تكون بين مالَين مملوكين أو بين حقين كذلك أو بين مال مملوك وحقّ فما اشتهر من عدم كون الحق قابلاً للبيع غير صحيح لأن الحق يتعلق بالمال وهو كاف في جواز المعاملة عليه. وإذا جازت المعاملة على الحق لأنه متعلق بالمال فيصح وقفه أيضاً لأن الوقف لا يشترط أن يكون مملوكاً «إلاّ إذا دلّ إجماع على ذلك ولم يتم»، وقد

(١) جواهر الكلام ٢٧: ١٧.

تقدم من صاحب العروة صحة وقف المالية وإن لم تسم وقفاً اصطلاحياً إلاّ أنه عقد يجب الوفاء به.

وقف حقوق جديدة:

ظهرت حقوق تسمى بحقوق الارتفاق مثل: حقّ الطريق أو حق عبور جسر معيّن، وهذه الحقوق بما أنها تقابل بالمال فهي حقوق مالية قابلة للتداول والمعاوضة. فقد يُنشئ مالك الأرض حقّ طريق في أرضه إلى المسجد لم يكن موجوداً قبل ذلك، كما إذا وجد مسجد في منطقة وله طريق واحد خاصّ به، ولكن جار المسجد الذي يملك أرضاً إلى جنبه قد يوجد طريقاً في أرضه لهذا المسجد يكون أقرب للناس من الطريق الآخر وهو لا يريد أن يوقف الأرض التي يملكها ولا يلزم الورثة يوقف الأرض إلاّ أنه يريد أن يوجد حقّ الطريق للناس ويلزم ورثته ونفسه بهذا الحقّ بحيث لا يمكن أن يلغى بعد موته، فيجعل حقّ المرور إلى المسجد في أرضه فقط.

وواضح أن حقّ الطريق هذا لا يمنع المالك من التصرف بملكه على أن يحافظ على هذا الحقّ الذي هو حقّ العبور إلى المسجد، فيتمكن أن يبني في أرضه بناءً فخماً ذو طبقات متعددة على أن يوجد طريقاً إلى المسجد في أحد طوابق هذا البناء الفخم.

وكما يمكن أيضاً أن يجعل المالك حقّ المرور في أرضه إلى المسجد دائماً يمكنه أن يجعله لفترة معينة. وهذا واضح فقهياً إلاّ أنه هل يسمى وقفاً أو يسمى تحبيساً للمنفعة دائماً أو لمدة معينة؟

ذهب البعض[١] إلى تسميته وقفاً لأنه لم يميّز بين الوقف والتحبيس «كما ميّز بذلك علماء الإمامية» فقال: إن الوقف تحبيس، فإما أن يحبّس العين وإما أن يحبس الحقّ الذي هو الانتفاع في الأرض انتفاعاً معيناً، أما علماء الإمامية فقد خصّوا الوقف بالأعيان التي تخرج

---

(١) د. منذر قحف/الوقف الإسلامي «تطوره، إدارته، تنميته»: ١٨٦.

عن ملكية الواقف وتعدّى بعضهم إلى وقف المالية كما تقدم ذلك.

وأما الحق والانتفاع بالعين فقد عبّروا عنه بالحبس بحيث تكون العين مملوكة للمالك، ولا تخرج عن ملكه وتورث وتباع مع وجود الحقّ للآخرين في المرور والاستطراق لمدة معينة أو دائماً.

ولكن لنا أن نقول: استناداً إلى ما تقدّم من إمكان وقف الحقّ فيمكن لمالك الحقّ «إن لم يكن حقًّا خاصاً لشخص أو جماعة معيّنة» أن يوقف هذا الحقّ استناداً إلى شمول حبّس الأصل (وهو الحقّ) وسبّل المنفعة لجهة معيّنة.

وعلى كل حال: فالجواز هو المتفق عليه وإن اختلفت التسمية.

ومثل هذا الذي تقدّم أن يؤجر صاحب الدار داره ويشترط على المستأجر أن لا يمنع أحد أفراد المنطقة من الاستفادة في حديقته الكبيرة من إجراء حفلة الزواج فيها، فيكون قد حبّس منفعة الحديقة على حفلات الزواج لأهل منطقته من دون أن تكون الحديقة مملوكة لهم، وهذا حبس لبعض المنافع من الحديقة على جهة معينة أو هو وقف للحق على جهة معينة.

تقديم الخَدَمات:

هل يمكن للخدمات أن توقف أو تحبّس دائماً أو لمدة معيّنة؟

فمثلاً قد تقدم شركة الطيران أو شركة السكك الحديدية أو الخطوط البحرية ومؤسسات البريد على ابداء خدمة شحن المصاحف والكتب العلمية مجاناً إلى المساجد أو المكتبات لمدة معينة أو دائماً.

وقد تقدم خدمات لنقل أشخاص محددة أوصافهم مجاناً، كنقل الشيوخ والمرضى والمعاقين والحوامل إلى المستشفيات أو مكان استراحتهم أو الأماكن العامة الترفيهية.

وقد تقوم بعض الأماكن الترفيهية بتقديم خدماتها مجاناً إلى صنف

معيّن من الناس كالعلماء والأُدباء والأطباء، أو إلى المرضى أو المعاقين والأطفال.

وقد تقوم بعض المؤسسات بإرسال اشتراك سنوي أو دائمي مجاناً لجرائدها أو مجلاتها أو نواديها الرياضية لبعض الشخصيات المعيّنة أو الموصوفة «كمدير عام مؤسسة أو وزير أو غير ذلك من الأوصاف».

ومن الخدمات التي تقدّم للناس: خدمة الهاتف، فيشترك شخص للحصول على خدمة هاتف في بيته من شركة الهاتف التي تملك الآلات والمكائن والأسلاك والخطوط، فهي تقدم خدمة للشخص المشترك بالاستفادة من هذه الأدوات والآلات والأسلاك، فقد يكون تقديم الخدمة لمدة معينة أو دائماً، وقد تكون المكالمات محليّة أو دولية، أو هما معاً، فهي خدمة يمكن تحديدها مقابل عوض محدد. وكذا يعدّ من الخدمات خدمة توصيل الماء إلى مكان معين من خلال الأنابيب والمضخات والآلات المملوكة لمنتج الخدمة، فيشترك الشخص مع شركة الماء لتوصيل المياه المحددة إلى مكان معيّن لمدة معينة أو دائماً. وكذا يعدّ من الخدمات جمع القمامة والتخلّص منها مقابل أجور معيّنة. وكذا يعدّ من الخدمات خدمة تصريف المياه الوسخة التي تقدمها شركات المجاري والبلديات.

والخلاصة: كل ما يكون فيه الخدمة هي موضوع العقد والاشتراك، والسؤال المطروح هنا هو: هل يمكن أن توقف هذه الخدمة بعد الاشتراك فيها والتعاقد عليها على وجوه البرّ والخير؟

كأن توقف هذه الخدمة للمرضى في مستشفى معيّن أو لدار الأيتام أو لمكتبة عامة أو للفقراء والمساكين وأمثال هذه الأمور التي تكون من أعمال البرّ.

والجواب: إن الوقف لا معنى له لهذه الأمور (الخدمات) فإنها أمور لا يمكن وقفها قبل وجودها ولا بعد وجودها إذ قبل وجودها معدومة ولا يصح وقف المعدوم، وبعد وجودها انتهت الخدمة وتصرّمت فلا معنى لوقف الخدمة التي تمّت وتصرّمت.

وقد يقال: ما هو الفرق بينها وبين الحقّ الذي تصورنا حبّسه ووقفه؟

والجواب: إن الحق يعتبر موجوداً ما دام متعلقه موجوداً وهو من تعلّق به الحقّ وهو العين فحق استغلال التأليف وحق استغلال الاختراع والعلامة التجارية يعتبر موجوداً ما دام التأليف والاختراع والشركة التجارية موجودة، تماماً كالمنفعة التي تعدّ موجودة ما دامت العين موجودة، فيصح عقد الإجارة على الاستفادة من المنفعة المتعلقة بالعين. أما الخدمة فهي ليست كذلك، بل هي عمل تقوم به الشركة فقبل وجوده لا معنى لوقفه أو حبسه، وبعد وجوده فقد انقضى وتصرّم فلا معنى لوقفه أو حبسه أيضاً.

نعم هذه الخدمات تعدّ من النيات الحسنة التي تقوم بها بعض الجهات، فإن تحققت في الخارج فهي من البرّ أو الهدية أو الصدقة لوجه الله تعالى أو المساعدة للآخرين كمن يلتزم من الأطباء بتقديم الخدمة للمرضى في يوم الجمعة مجاناً أو بأسعار مخفضة، وإن لم تتحقق في الخارج فلا ملزم لمن ينوي القيام بها مع عدم تحققها. نعم قد تكون هذه الخدمة ملزمة لمقدِّمها إذا التزم بتقديمها للآخرين في عقد أو عهد أو حلف أو نذر، ولكن هذه الخدمة التي لزمت على مقدمها لا يصح أن توقف كما تقدم.

وقف المنافع:

ذكر الفقهاء أن المنفعة يجوز الوصية بها دون العين بلا إشكال وتحسب من الثلث، وكذا ذكروا صحة هبة المنفعة وتكون المنفعة الموهوبة المحددة بمدة بعد موت الواهب وصيّة تخرج من الثلث، لأن الهبة لا تصح بدون القبض، وبما أن المنفعة تدريجية فيصح ما قبض ويبطل ما لم يقبض فيكون وصيّة بعد موت الواهب.

أما بالنسبة لوقف المنفعة لوحدها، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى

عدم جواز وقفها لوحدها وذهب بعض علماء المالكية إلى جواز وقفها. وإليك التوضيح:

ذكر من شروط الموقوف أن يكون الموقوف عيناً، ولهذا ذكر الفقهاء ومنهم صاحب الجواهر فقال: «فلا يصح وقف ما ليس بعين كالدَّين معجّلة ومؤجّلة على الموسر والمعسر وكذا الكلي «المراد منه الكلي في الذمة، لأنه سوف يأتي من صاحب الجواهر صحة وقف المشاع وهو عبارة عن وقف الكلي في المعيّن» كما لو قال: وقفت فرساً أو ناضحاً أو داراً ولم يعيّن وإن وصفها بأوصاف معلومة، وكذا لا يصح وقف المنفعة، لأن العين تطلق في مقابل الثلاثة (الدَين والكلي والمنفعة) التي لا يصحّ وقف شيء منها، للشك في تناول أدلة الوقف لذلك، ولاتفاق الأصحاب ظاهراً، ولأن المستفاد من قوله (صلى الله عليه وآله): «حبّس الأصل وسبّل الثمرة»، وما وقع من وقوفهم اعتبار فعلية التهيؤ للمنفعة في الأصل الذي يراد حبسه، ولا ريب في انعدام التهيؤ فعلا للكليّ المسلَّم فيه مثلاً، ولذا لا تصح إجارته ولا غير الإجارة مما يقع على المنفعة، لعدم ملكها (المنفعة) لمن يملكه (الكلي)... وتهيئة (الكلي) بعد القبض لا يقتضي ذلك (التهيئة) قبله (القبض) الذي هو مورد العقد في الفرض»[1].

وقال صاحب العروة: «لا يصح وقف المنافع، مثلاً إذا استأجر داراً مدة عشرين سنة وأراد أن يجعل منفعتها وهي السكنى فيها وقفاً مع بقاء العين على ملك مالكها طلقاً لم يصح، لأن الانتفاع بها إنما هو بإتلافها فلا يتصور فيها تحبيس الأصل، إذ الأصل حينئذ هو المنفعة»[2].

وقال صاحب الجواهر: «ودعوى ـ عدم اعتبار أصل التحبيس في الوقف بل يكفي فيه تسبيل المنفعة كما عن أبي الصلاح ـ يدفعها ظهور النص والفتوى بخلافه، بل دعوى ضرورة المذهب أو الدين على ذلك،

---

(١) جواهر الكلام ٢٨: ١٤ ـ ١٥.
(٢) ملحقات العروة الوثقى ٢: ٢٠٥.

نعم نحو ذلك يشرع في السكنى والرقبى والعمرى وهو غير الوقف كما هو واضح»[1].

ولا يصح عند الحنفية وقف غير المال كالمنافع وحدها وكالحقوق المالية مثل حقوق الارتفاق لأن الحق ليس بمال[2].

أما عند الحنابلة والشافعية: فقد اتفقوا مع الإمامية في كون الموقوف عيناً (سواء كانت عقاراً أو منقولاً) معينة معلومة «فلا يصح وقف ما في الذمة» كما لا يصح وقف المنفعة وحدها دون الرقبة، ولا يصح وقف ما لا فائدة فيه أو ما لا منفعة منه كوقف الخنزير وسباع البهائم وجوارح الطير التي لا تصلح للصيد.

كما لا يصح وقف ما لا يدوم الانتفاع به كالطعام والشراب غير الماء.

قال الحنابلة في شرح منتهى الإرادات: من شروط الموقوف: مصادفته عيناً يصح بيعها وينتفع بها مع بقاء العين، وقال أيضاً: ولا يصح وقف منفعة[3].

وقال الشافعية في الحاوي الكبير: إن الموقوف لا بدّ أن يكون عيناً يجوز بيعها ويمكن الانتفاع بها مع بقائها المتصل فلا يجوز وقف ما ليس بعين[4].

أقول: ولكن هذا كله يشير إلى عدم صحة وقف المنفعة بالمعنى الاصطلاحي للوقف.

أما الوقف بالمعنى اللغوي الذي هو تحبيس العين على أن ينتفع منها الغير مع بقاء العين على ملك مالكها فهو أمر قد ورد فيه النصّ

---

(١) جواهر الكلام ٢٨: ١٦.

(٢) راجع الفقه الإسلامي وأدلته/للدكتور وهبة الزحيلي ج١٠: ٧٦٣٤.

(٣) شرح منتهى الإرادات ٢: ٤٠٠ و٤٠١.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٩: ٣٧٦، وراجع المجموع شرح المهذب لأبي زكريا النووي ١٥: ٣٢٠.

المتمثل بعنوان الحبس الاصطلاحي الذي ألحق به العمرى والرقبى والسكنى وهو أمر جائز، فليكن وقف المنفعة غير جائز إلاّ أن تحبيسها للغير من أجل الانتفاع لها أو الاستفادة منها لمدة معينة أو مدة عمر مالك العين أو المستفيد من العين فهو أمر جائز ورد فيه النص كما تقدم.

ويتفرع على صحة تحبيس العين للاستفادة من المنفعة من دون خروج العين عن ملك مالكها وجود حقّ للمالك أن يتصرف ويستفيد من هذه العين المحبّسة من دون مزاحمة المحبَّس عليه فيبني على الأرض بناء «ناطحاً للسحاب» ويجعل للمحبّس عليه الانتفاع بسكناه في هذه الأرض بطابق من تلك الطوابق العديدة كما يمكنه أن يرهن هذه الأرض على قرض قد استقرضه من البنك أو يبيعها مسلوبة المنفعة مدة التحبيس وأمثال هذه التصرفات التي لا تنافي استفادة المحبّس من العين التي حبّست منفعتها عليه.

وهذا كله غير الوقف الذي هو عبارة عن إخراج العين عن ملك الواقف بحيث لا تباع ولا توهب ولا تورث.

علاقة وقف المنافع بالتصرف في الرقبة والفائدة منه:

ما دامت المنفعة مملوكة لغير المالك (كالمستأجر) فلا يجوز لمن يملك المنفعة أن يتصرف في العين أي تصرف غير تصرف الاستفادة المتعارفة من العين، التي تستوجب تغييراً أو تبديلاً أو زيادة على العين أو نقصانها فهو أمر غير جائز بدون إذن المالك.

وهذا بخلاف المالك للعين الذي هو مالك للمنفعة تبعاً فإذا أخرج المنفعة من ملكه بإيجار أو هبة، فهو يتمكن من التصرف في العين تصرفاً لا يضرّ بالمستفيد من المنفعة كأن يبيع العين مسلوبة المنفعة مدة استحقاق الغير للمنفعة، أو يرهن العين التي استحق منفعتها غير المالك أو يغيّر في العين بحيث لا يزاحم حقّ المستفيد من المنفعة.

الفرق بين وقف الأعيان وتحبيس المنافع:

نقول: إن العين التي حبِّست منفعتها على جهة برٍّ خاصة أو عامة يتمكن مالكها من التصرف فيها أي تصرف لا يزاحم المستفيد من منفعة العين، لأنها لم تخرج عن ملكه فيتمكن أن يبيعها أو يهبها أو يرهنها، وإذا مات يملكها الوارث بعد أداء الدين وتنفيذ الوصية. وبعبارة أخرى يمكن الجمع بين استفادة المحبَّس عليه من العين وبين تصرف المالك بالعين تصرفاً لا يزاحم حق المحبَّس عليه، فلو كانت الأرض كبيرة كألف متر وفيها من الأعيان مائة متر يستفيد منها المحبَّس عليه فيتمكن المالك أن يعمّر ثمانمائة متر على شكل طوابق متعددة، ثم يجعل طبقة منها تحت يد المحبَّس عليه بعد إكمال بنائه فالمالك لم يزعج المستفيد من التحبيس بالسكنى في البناء المحدَّد له وهو مائة متر وقد تصرف في ملكه بالتعمير، فاستفاد من الملك المالك بتعميره واستفاد المحبَّس عليه بالملك من السكنى فجمعنا بين حقيهما[1].

وهذا بخلاف وقف العين على جهة برٍّ فإن الواقف لا يتمكن أن يتصرف في العين أي تصرف لأنها قد خرجت عن ملكه بالوقف.

وكذا إذا مات الواقف للعين فلا تكون العين إرثاً لورثته، كما لا يجوز للواقف بيع العين الموقوفة والتصرف في ثمنها، ولا يجوز له إهداءها أو التبرع بها أو التصدق بها بحيث تُملك للمتصدّق عليه، وهذه الأحكام هي التي تمثل حقيقة الوقف الذي خرج عن ملك الواقف بالوقف.

* * *

(١) هذا يصح إذا قلنا: إن تحبيس الانتفاع بالألف متر الذي فيها عمارة مائة متر لا يجعل الحق للساكن في الأعيان مع الفضاء الموجود في الأرض، أو قلنا: إن الحقّ للساكن في العمارة مع وجود الفضاء له لا يكون مزاحماً بالتعمير في الفضاء عرفاً.

خلاصة البحث

يمكن إعطاء خلاصة للبحث تتمثل في هذه النقاط:

أولاً: تعريف الوقف: عند جمهور الفقهاء بأنه حبس مال يمكن أن ينتفع به مع بقاء أصله مع قطع التصرف في رقبته من الواقف أو غيره فيقتضي ألاّ يباع ولا يوهب ولا يورث.

ثانياً: تعريف الحبس: أن يجعل المالك حقّ الانتفاع بملكه لآخر من دون تعيين مدة أو مع تعيين مدة، ويجوز للمالك التصرف في ملكه تصرفاً لا يزاحم حقّ المحبَّس عليه.

ثالثاً: لا يمكن التسامح في إطلاق العناوين على غير معنوناتها لما في تلك العناوين من أحكام خاصة تتعلق بها ولا تتعلق بغيرها وإن شملهما عنوان واحد وهو البرّ والخير.

رابعاً: وقف النقود للمضاربة وللقرض جائز إذا قصد الواقف وقف مالية النقود، فهو عقد يشمله أوفوا بالعقود وإن لم يكن وقفاً اصطلاحياً. كما يمكن التعدي من الوقف الذي هو تحبيس العين فقط إلى تحبيس المالية التي يمكن تبديل تجسيدها من عين إلى أخرى فِراراً من مشكلة حرمة تبديل العين الموقوفة وذلك تمسكاً بإطلاق روايات الصدقة الجارية بدعوى أن الجريان ليس مصداقه الوحيد عبارة عن انحباس العين وتوقيفها عن البيع وهو المصداق الرائج في زمن صدور النصّ، بل له مصداق آخر أيضاً وهو أن يكون المحبوس على المشروع الخيري مالية الشيء التي يمكن تجسيدها ضمن أعيان مختلفة متعاقبة «على تأمل في هذا الوجه الثاني».

خامساً: وقف الإيراد النقدي المستقبلي من دون وقف أصله لا يجوز وإن قبلنا وقف مالية النقود للأقراض والمضاربة، وذلك لأن الإيراد النقدي لم يوجد بعدُ فكيف يصح وقفه؟ نعم هذه نية للوقف إذا

وجد الإيراد النقدي مستقبلاً وهذا غير الوقف الذي يكون لمال موجود خارجاً ولا يجوز فيه التعليق، ويشترط في صحته أو لزومه القبض.

سادساً: المال المتجمع في حساب احتياطي مخاطر الاستثمار في البنوك الإسلامية لا يكون وقفاً حتى وإن صرح بعوده للفقراء عند انتهاء وجود البنك، لأن هذا الحساب هو وثيقة لودائع المستثمرين إذا حصلت خسارة ناشئة عن عجز البنك في إرجاع ودائع المستثمرين من دون نقص، والوثيقة عند حصول نقيصه في ودائع المستثمرين تختلف عن الوقف اختلافاً ظاهراً. وحتى لو صرح بأنه وقف عند انعدام البنك يصرف حاصله في الفقراء والمساكين فلا يكون وقفاً لأنه وقف أضيف الى المستقبل ولم يكن منجزاً، وقد اشترط جمهور الفقهاء أن يكون الوقف منجزاً غير مضاف إلى المستقبل ولا معلقاً على أمر مستقبلي.

سابعاً: وقف الأسهم لا يصح إذا كانت الأسهم تعبر عن كون صاحبها مقرضاً للشركة والشركة هي المالكة، حيث يكون هذا وقفاً لما في ذمة الشركة والوقف في الذمة لا يصح عند الكل.

وأما إذا كان صاحب السهم شريكاً مع بقية ملاّك الأسهم سواء كان للشركة شخصية معنوية أكبر قيمة من الأموال الحقيقية أم لا، فيصح وقف السهم لأنه إما أن يرجع الى وقف الحصة المشاعة أو يرجع إلى وقف المالية التي صححها بعض الفقهاء بحيث يجوز تبديل السهم الموقوف إلى شيء آخر يكون وقفاً. ولكن قد اشترطنا هنا شرطاً وهو أن تكون الشركة تعمل بالحلال لأن الوقف الذي هو برٌّ لا بدّ أن يكون من مصدر يجوز التربّح منه وهو الكسب الحلال.

ثامناً: كذلك يصح وقف الصكوك والسندات التي هي عبارة عن الأوراق المالية إذا كانت تمثل حصة في الشركة التي ترجع أموالها للأشخاص الحقيقيين على نحو الاشتراك لنفس السبب الذي قلناه في وقف السهام. وأما إذا كان الصك والسند يمثل قرضاً بفائدة يباع في البورصات أو البنوك الربوية فلا يصح وقفه حتى لو آمنا بوقف المالية، لأن الوقف مال في ذمة الآخرين، والمال في الذمة لا يصح وقفه، بل

لا بدّ من وقف الشيء الخارجي حسب أدلة الوقف.

تاسعاً: إذا كان السهم يمثل حصة مشاعة من الشركة وكانت الشركة تتعامل بالحرام فيكون السهم مختلِطاً من الحلال والحرام، فإذا كان لا يمكن إيصال المال الحرام إلى صاحبه أو إلى ورثته فيتمكن صاحب السهم الذي اختلط سهمه مع الحرام أن يوقف سهمه هذا حيث تكون حصته وحصة غيره المختلِطة مع ماله صدقة موقوفة، فإن في هذا العمل نوع من وصول حصة الآخرين إليهم، فإن صدقة مجهول المالك لا فرق فيها بين التصدق على الفقراء بإتلاف المتصدَّق به وبين جعل المال صدقة جارية ينتفع بنمائه فإن هذا أيضاً نوع من وصول المال إلى صاحبه. ولكن اشترطنا هنا إخراج هذا السهم من الشركة التي تتعامل بالحرام والاستفادة منه في عمل محلل إذا كان الوقف لمالية السهم.

عاشراً: يصح وقف الحقوق التي يمكن نقلها للآخرين بحيث تكون قابلة للتداول فتكون حقوقاً مالية لأنها تقابل بالمال كحقّ استغلال المؤلِّف والمبتكر والفنان وصاحب الامتياز والعلامة التجارية والاسم التجاري لنشر المؤلَّف أو المبتكر والاستفادة منه. وكذا يصح وقف الحقّ المعنوي التراثي، فمن يطبع كتاباً تراثياً موقوفاً أو كتب صاحبه عليه أنه يوضع في خدمة طلبة العلم يجب أن يصرف قسماً من أرباحه حسب وقفية الواقف أو يكون في خدمة طلبة العلم.

ودليلنا على ذلك هو شمول حبّس الأصل وسبل الثمرة لهذا الحق الذي يسمى بحقّ الاختصاص.

ثم إن هذا الحقّ وإن لم يكن مالاً إلاّ أنه يتعلّق بالمال وهذا يكفي في جواز المعاملة عليه ووقفه لأنه أصل باق يستفاد من منفعته فيشمله حبّس الأصل وسبل المنفعة.

وهذا الحقّ إذا تعلّق بجهة معينة فيمكن وقفه وإن لم يكن مملوكاً كملكية العين إذ لا دليل على وقف الأصل بأن يكون مملوكاً كما ذكر ذلك صاحب الجواهر (قدس سره).

الحادي عشر: يمكن أن يوقف حق الطريق أو حق عبور جسر

معيّن، فهي حقوق تقابل بالمال، فهي حقوق مالية قابلة للتداول والمعاوضة، كل هذا استناداً إلى إمكان وقف الحق الذي يشمله حبّس الاصل وسبّل المنفعة. وعلى قول المشهور عند الإمامية من كون المالك للأرض يمكنه من التصرف بالأرض تصرفاً لا يمنع من مزاحمة حقّ المرور للآخرين، يمكن أن يسمى تحبيساً للأرض بالاستفادة من المرور عليها لمدة محددة أو دائماً.

الثاني عشر: لا يصح وقف الخدمات كخدمة شركة الطيران لشحن المصاحف إلى المساجد أو المكتبات العامة، لأن هذه الخدمة عمل لا يصح وقفه قبل وجوده إذا لا يصح وقف المعدوم كما لا يصح وقفه بعد وجوده، إذ تصرّم العمل وانعدم فلا معنى لوقفه. نعم هو نية حسنة لتقديم الخدمة للآخرين كما لو أعلن طبيب بتقديم خدماته مجاناً في يوم الجمعة، فلا يكون هذا الإعلان ملزِماً له، فإن تحققت هذه الخدمة في الخارج فهي من البرّ أو الصدقة أو المساعدة قربة إلى الله تعالى. ولكن يمكن إلزام الطبيب بذلك بشرط هذه الخدمة في ضمن عقد لازم أو بنذره أو حلفه أو عهده، وهذا أمر آخر غير وقف الخدمات.

الثالث عشر: لا يصح وقف المنفعة لوحدها كما ذهب إلى ذلك كل المذاهب الإسلامية باستثناء المالكية. ولكن يصح تحبيس المنفعة على جهة برٍّ بحيث تكون العين مملوكة لصاحبها مع استفادة الجهة العامة أو الخاصة باستيفاء المنفعة لمدة محددة أو دائماً أو لمدة عمر المحبَّس عليه أو مدة عمر المحبِّس أو لمدة عمر شخص آخر إلاّ أن هذا لا يسمى وقفاً اصطلاحياً للفرق بين الوقف الاصطلاحي والتحبيس الاصطلاحي وإن كان الوقف هو تحبيس لغة.

الرابع عشر: وقف المنفعة عند من قال بها وتحبيس المنفعة على جهة خاصة أو عامة عند الكل يوجب على المنتفع عدم التصرف في العين أي تصرف غير متعارف من الانتفاع بالعين، وأما مالك العين فهو يتمكن أن يتصرف بالمنفعة تصرفاً لا يضرّ بالاستفادة من المنافع من قبل غيره فيتمكن أن يبيع العين أو يرهنها أو يعمّرها بحيث لا يزاحم حقّ المنتفع بها.

الخامس عشر: تبين الفرق بين وقف العين وتحبيس منافعها، وبالوقف تخرج العين من ملكية الواقف فلا يتمكن أن يبيعها أو يرهنها أو يعمِّرها بما أنها ملك له، بينما في التحبيس يتمكن من ذلك لأنها ملك له يتصرف فيها أي تصرف لا يزاحم استفادة المحبَّس عليه من العين.

هذا آخر ما أردنا بيانه في وقف السندات والصكوك والحقوق المعنوية والمنافع، والحمد لله ربِّ العالمين.

حسن الجواهري

قم المقدسة

في ٣/رجب/١٤٢٩هـ.

* * *

حكم
وقف الأسهم والصكوك
والحقوق المعنوية

إعداد
أ.د. حمزة بن حسين الفعر الشريف
رئيس الدراسات العليا بجامعة أم القرى سابقاً
أستاذ الاقتصاد الإسلامي

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدّمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله، وعلى آله وصحبه أجمعين.

هذا بحث عن حكم وقف الأسهم، والصكوك، والحقوق المعنوية، مقدَّم إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة المنعقدة في الشارقة بتاريخ ١/٥/١٤٣٠هـ ٢٦/٤/٢٠٠٩م.

استجابة لرغبة أمانة المجمع الموقرة، وقد قسمته إلى تمهيد، وثلاثة مباحث وخاتمة.

أما التمهيد: فهو في إعطاء نبذة تاريخية عن التصرفات المالية التي تشبه الوقف عند غير المسلمين في الأزمنة الماضية، وفي العصر الحاضر.

والمبحث الأول: في تعريف الوقف وبيان مشروعيته في الإسلام.

والمبحث الثاني: في التعريف بالأسهم والصكوك، والحقوق المعنوية وبيان الخلاف في اعتبارها أموالاً.

المبحث الثالث: في مناقشة الآراء الفقهية، وبيان المآخذ التي بنيت عليها توصلاً إلى الرأي الراجح.

والخاتمة: وتتضمن أهم نتائج البحث.

أسأل الله العون والسداد في أن يكون وافياً بالغرض المطلوب، وبالله التوفيق.

أ.د. حمزة بن حسين الفعر الشريف

* * *

تمهيد

عرفت الأمم على اختلافها - قبل الإسلام - أنواعاً عديدة من التصرفات المالية تُخرج الانتفاع بالمال عن ملك صاحبه إلى ملك غيره، ويبقى الانتفاع بها على الدوام لمن خرجت إليهم، كما يُلحظ ذلك في دور العبادة، وأماكنها حتى عند الوثنيين، ومن أبرز مظاهر ذلك، العقارات التي تخصص لخدمتها، وإصلاحها والقيام بشؤونها، وقد ظلَّ هذا المفهوم سائداً حتى عصرنا الحاضر، وإن كان قد لحقه عند بعض الأمم تطوُّرٌ نوعيٌّ في المؤسسات، والأنظمة التي تحكمها، وأجلى صور هذا التطور ما يعرف في النظام الأنجلو أمريكي بنظام: الترست، (thetrest)، ويرجع بعض الباحثين هذا التطور إلى الإفادة من نظام الوقف الإسلامي والأحكام المتعلقة به، عبر الاتصال بالحضارة الإسلامية والإفادة من معطياتها في مجالات عديدة.

والترست كما عرَّفه معهد القانون الأمريكي: علاقة أمانة خاصة بمال معيَّن تلزم الشخص الذي يحوز هذا المال بعدَّة التزامات تهدف إلى استغلاله لصالح شخصٍ آخر، وتنشأ هذه العلاقة نتيجة للتعبير عن إرادة إنشائها، وهذا يعني أنَّ من يقوم باستغلال هذا المال ليس هو المستفيد منه وإنما هو أمين، أو وصيٌّ عليه لمصلحة غيره، بناءً على إرادة من قام بتخصيص المال لهذا الغرض.

ومن أهم الأحكام المتعلِّقة بالترست: أنه لا يلزم أن يبقى مؤبداً، بل يمكن أن ينتهي في الحالات التالية:

١ - بحلول الأجل الذي حدد له.

٢ - بالرجوع فيه من قبل المنشئ، إذا احتفظ لنفسه بهذا الحق.

٣ - بإرادة المستفيدين إذا أجمعوا شريطة أن لا يتعارض ذلك مع

الغرض الذي أنشئ من أجله الترست[١].

وهناك مصطلحات أخرى قريبة الصلة بالترست، مثل: Endowment وهي تعني الأموال التي توهب لشخصٍ أو منظمة من أجل تمويلها سواءً باستعمال تلك الأموال مباشرة، أو بما يحصل من ذلك من دخل دوري مستمر.

ومن ذلك foundation وهي تعني: هيئة أو منظمة غير حكومية تعمل بأموال مخصَّصة من مؤسسيها في الغالب لخدمة أمرٍ ذي منفعة عامة على الدوام.

وبين هذين المصطلحين ترابط وثيق؛ لأن الهيئة أو المؤسسة foundation تحتاج لاستمرار عملها إلى المال المخصص Endowment.

ومن ذلك أيضاً: الشخصيَّات الاعتبارية التي لا تقصد الربح Nonprofit corporation وكثيرٌ منها يملك أصولاً وقفيَّةً استعماليَّةً، واستثماريَّةً وتتلقى في كثيرٍ من الأحيان تبرعات من المؤسسات، ومن الجمهور[٢].

* * *

---

(١) انظر: محاضرات في الوقف للشيخ محمد أبو زهرة ص١، ٢، د/محمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية١/٢١ ـ ٣٢.

(٢) قضايا فقهيّة معاصرة في الأوقاف الإسلاميّة، د. منذر قحف، ص١١ ـ ٢٠.

المبحث الأول
تعريف الوقف، وبيان مشروعيته

تعريف الوقف لغةً: تدلُّ كلمة الوقف على الحبس والمنع.

قال ابن فارس: الواو، والقاف، والفاء: أصلٌ واحدٌ يدلُّ على تمكُّثٍ في شيءٍ ثم يقاسُ عليه... يقولون للذي يكون في شيءٍ ثم ينزع عنه: قد أوقف.

قال الطرماخ:

جَامِحاً في غِوايَتِي ثم أوقَف   تُرضا بالتُّقى وذو البِرِّ رَاضِي

وحكى الشيباني قوله:

وكل شيءٍ أمسكت عنه، فإنك تقول: أوقفت[١].

ويأتي الوقف بمعنى الاحتباس والدوام أيضاً، قال في الصحاح وفي القاموس: يقال: وقفت الدابة، تقف وقوفاً، ووقف يقف وقوفاً: دام قائماً، والوقيفة: الوَعِلُ لحقه الكلاب إلى صخرة فلا يمكنه أن ينزل حتى يصاد[٢].

ـ تعريف الوقف في اصطلاح الفقهاء:

عُرِّف بتعريفاتٍ عديدة:

١ ـ عند الحنفيَّة:

هو حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنافع، وهذا عند

---

(١) معجم مقاييس اللغة، باب الواو والقاف وما يثلثهما ١٣٥/٦.

(٢) الصحاح، فصل الواو ١٤٤٥/٤، القاموس، فصل الواو، باب القاف ٢١٢/٣.

أبي حنيفة، فلا يزول الملك عنه إلا بالوصيَّة به، أو بقضاء القاضي؛ لأنه فعلٌ مجتهدٌ فيه فينفذ قضاؤه.

وعند الصاحبين: حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة، وهذا بناءً على أن أبا حنيفة لا يجيز الوقف أصلاً؛ أو أنه يجوز عنده ولا يلزم، بمنزلة العارية حتى يجوز له الرجوع فيه في أيِّ وقتٍ شاء، ويورث عنه، فإذا أوصى به، ولم يرجع في وصيَّته لزم بعد الموت، باعتبار أن الوصية لا تنفذ إلا حينئذٍ، مع مراعاة أن تكون في حدود الثلث، وأن لا تكون لوارث أو إذا حكم به حاكم حال عدم الوصيَّة به بناءً على ما تقدم.

أما عندهما فالوقف جائز، ويزول ملك الوقف عنه غير أنه عند أبي يوسف يزول بمجرد القول، وعند محمد لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً، ويسلِّمه إليه[1].

وقد عرَّفه بمثل ذلك القونوي في أنيس الفقهاء إلا أنه قيَّد التصدُّق بالمنافع على الفقراء[2]، وهذا التقييد غير مسلَّم؛ لأن الوقف عند من يجيزه يصح على الفقراء، وعلى غيرهم.

٢ ـ عند المالكية:

هو: إعطاء منفعة شيءٍ مدة وجوده، لازماً بقاؤه في ملك معطيه، ولو تقديراً.

وهذا التعريف يشمل المنفعة المتحصلة من العين سواءً أكانت العين مملوكة للواقف أم لغيره، كما أنه يدلُّ على أن العين باقية على ملك الواقف.

وشرط لزوم الوقف خروجه عن يد الواقف، وتركه الانتفاع به قبل

---

(١) انظر: مختصر اختلاف العلماء، للجصاص ١٥٧/٤، وبدائع الصنائع للكاساني ٣٩٨/٨، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٣٢٥/٣.

(٢) ص١٩٧.

فلسه، وموته، ومرض الموت، فإن حبَّس في صحَّته، وأبقاه في يده مدَّة حياته أو إلى أن فلَّس، أو إلى مرض موته، بطل الوقف، وعاد الموقوف ميراثاً، إذا لم تكن منفعته تصرف في مصرفه.

وعند المالكيَّة لا يشترط التنجيز، ولا التأبيد في صحة الوقف بل يمكن أن يقع معلَّقاً، أو أن يكون مؤقتاً[1].

٣ ـ عند الشافعيَّة:

حبس مالٍ يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح.

ويصحُّ بناءً على هذا وقف عقار ومنقول يقبل نقل الملك مع دوام الانتفاع به، والعين الموقوفة تنفكُّ عن اختصاص الآدميِّ، فلا تكون ملكاً للواقف، ولا للموقوف عليه، بل هي ملكٌ لله تعالى، وفوائدها الحادثة بعد الوقف ملكٌ للموقوف عليه.

ويشترط له التنجيز والتأبيد، والإلزام بأن لا يكون فيه خيار ولا رجوع ولا بيع ونحوه[2].

٤ ـ عند الحنابلة:

تحبيس مالكٍ مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرُّفه وغيره في رقبته، بصرف ريعه إلى جهة بِرٍّ.

ويشترط له أن يكون في عينٍ يصحُّ بيعها، والانتفاع بها بلا

---

(١) عقد الجواهر المنيفة، لابن شاس٣/٣١ ـ ٤٠، الحدود لابن عرفة مع شرحه للرصاع، ص٤١١ ـ ٤١٢، الثمر الداني شرح رسالة أبي زيد القيرواني، صالح عبد السميع الآبي، ص٥٢٢.

(٢) تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لابن حجر الهيثمي، حواشي الشرواني، وابن قاسم العبادي ٦/٢٣٥ ـ ٢٣٨، تحرير ألفاظ التنبيه للنووي، ص٢٣٧، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب لزكريا الأنصاري ١/٢٥٦ ـ ٢٥٩، الأنوار لأعمال الأبرار للأردبيلي ١/٦٤٢ ـ ٦٤٦.

ضرورة، مع بقائها منقولةً كانت أو عقاراً، وأن يكون الوقف ناجزاً؛ فلا يصحُّ معلَّقاً ولا مؤقتاً.

كما يشترط دوام الانتفاع ببقاء العين، فلا يصحُّ وقف ما لا تبقى عينه بالانتفاع به[1].

ولدى التأمل في تعاريف العلماء فإنه يمكن استخلاص الأمور التالية:

١ ـ أنَّ الوقف عملٌ من أعمال البرِّ التي يقصد بها التقرُّب لله سبحانه وتعالى، وتحصيل الأجر المرتب على ذلك بما يلحقه من أجر الصدقة الجارية التي ورد ذكرها في الحديث الصحيح: «إِذَا مَاتَ ابنُ آدَمَ انقَطَعَ عَمَلُهُ إلا مِن ثَلاثٍ، صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أو عِلْمٍ يُنتَفَعُ بِه، أَو وَلَدٍ صَالِحٍ يَدعُو لَه»[2].

كما أنَّ فيه حفظاً لمصالح الموقوف عليهم بما يعود عليهم من غلَّة الوقف، أو منفعته مدَّةً طويلة.

٢ ـ أن الوقف عند جمهور الفقهاء الشافعيَّة، والحنابلة، وأبي يوسف، ومحمد صاحبي أبي حنيفة، يخرج الموقوف عن ملك الواقف، ويرى أبو حنيفة والمالكية أنه لا يخرج عن ملك الواقف.

٣ ـ يشترط جمهور العلماء في الوقف؛ التأبيد والتنجيز والإلزام، ولا يشترط ذلك المالكية، بل يجوز عندهم أن يكون مؤقتاً، وأن يقع معلَّقاً.

٤ ـ يصح وقف العقار والمنقول والمشاع عند جمهور العلماء، ومنع الحنفيَّة من وقف المنقول، لأنه لا يتحقق به شرط التأبيد لكونه على شرف الهلاك.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٤/٨ ـ ٢٣٤، شرح منتهى الأرادات للبهوتي ٤٨٩/٢ ـ ٤٩٦.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية: هذا الحديث رواه مسلم وأبو داود والنسائي في الوصايا والترمذي في الأحكام في الوقف من حديث العلاء بن عبد الرحمٰن عن أبيه عن أبي هريرة ١٥٩/٣.

وهذا الاختلاف مرجعه إلى عدم وجود نصٍّ يحسم المسألة، فاجتهد العلماء في وضع الشروط التي يرونها محققة لمعنى الوقف ومقاصده حسبما تفيده النصوص التي دلَّت على مشروعيَّته.

وهذا كله عند من يرى مشروعيَّته، وهم جماهير علماء الأمة، وإن كان هناك من يرى عدم مشروعيته، كما يروى ذلك عن القاضي شريح الكندي، وعن أبي حنيفة استناداً إلى أنه يؤدي إلى تضييع فرائض الله المتعلِّقة بالمواريث التي حددها الله، وتولى قسمتها، وإلى أن شريعة الإسلام جاءت تبطل الحبوس التي شاعت في الجاهلية، وقد نقل عن شريح رحمه الله عندما سأله سائلٌ عن الحبس أنه قال: لا حبس عن فرائض الله، وجاء عنه قوله: جاء محمد ﷺ بإطلاق الحبُس.

وقد ردَّ الإمام مالكٌ رحمه الله مقالة شُريح هذه بقوله: إنَّما تكلَّم شريحٌ ببلده ـ العراق ـ ولم يرد المدينة فيرى أَحباس الصحابة، وينبغي للمرء أن لا يتكلم فيما لم يُحط به خبراً[(١)].

كما ردَّ عليه الإمام الشافعي رحمه الله بردٍّ مفصَّل من أربعة أوجهٍ فقال:

١ ـ الحبس التي جاء رسول الله ﷺ ـ والله أعلم ـ ما وصفنا من البحيرة والوصيلة، والحام، والسائبة إن كانت من البهائم، فإن قال قائل: ما دلَّ على ما وصفت؟ قيل: ما علمنا جاهليًا حبَّس داراً على ولد، ولا في سبيل الله، ولا على مساكين، وحبسهم على ما وصفنا... فجاء رسول الله ﷺ بإطلاقها.

٢ ـ فإن قال قائل: فهو يحتمل ما وصفت، ويحتمل إطلاق كل حبس فهل من خبر يدل على أن هذه الحبُس في الدور، والأموال خارجة عن الحبس المطلقة؟ قيل: نعم، أخبرنا سفيان عن نافع عن ابن عمر، قال: جاء عمر إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، إني أصبت مالاً لم أصب مثله قط، وأردتُ أن

(١) التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله المواق ١٨/٦.

أتقرَّب به إلى الله عزَّ وجلَّ، فقال رسول الله ﷺ: «حَبِّسْ أَصْلَهُ، وَسَبِّل ثَمَرَتَه»[1].

٣ ـ حجَّة الذي أبطل الصدقات الموقوفات . . . لا حجَّة فيها عندنا، ولا عنده؛ لأنه يقول: قول شريح على الانفراد لا يكون حجة، ولو كان حجة لم يكن في هذا حبس عن فرائض الله عز وجل، فإن قيل: وكيف؟ قيل: إنما أجزنا الصدقات الموقوفات إذا كان المتصدق بها صحيحاً، فارغة[2] من المال، فإن كان مريضاً لم نجزها إلا من الثلث؛ إذا مات من مرضه ذلك، وليس في واحدة من الحالين حبس عن فرائض الله.

٤ ـ فإن قال قائل: وإذا حبَّسها صحيحاً ثم مات لم تورث عنه! قيل: فهو أخرجها وهو مالكٌ لجميع ماله يصنع فيه ما يشاء، ويجوز له أن يخرجها لأكثر من ذلك عندنا، وعندك، أرأيت لو وهبها لأجنبي، أو باعه إيَّاها محاباةً، أيجوز؟ فإن قال: نعم، قيل: فإذا فعل ثم مات أتورث عنه؟ فإن قيل: لا، قيل: فهذا فرار من فرائض الله تعالى، فإن قال: لا؛ لأنه أعطى وهو يملك، وقبل وقوع فرائض الله تعالى، وقولك: لا حبس عن فرائض الله تعالى محال؛ لأنه فعل قبل أن تكون فرائض الله في الميراث؛ لأن الفرائض إنما تكون بعد موت المالك، وفي المرض[3].

وقد ثبتت مشروعية الوقف بنصوصٍ كثيرةٍ يحصل بمجموعها التواتر، منها:

١ ـ صدقة رسول الله ﷺ بأموال مخيريق اليهودي الذي خرج مع رسول الله ﷺ إلى أحد دفاعاً عن المدينة وأوصى إن أصيب أن تكون أمواله لرسول الله ﷺ يضعها حيث أراه الله، فوقفها

---

(١) الأم، ٥٨/٤.

(٢) يعني: غير مشغولة بما ينفع وقفها.

(٣) الأم ١٥٨/٤، والمغني لابن قدامة ١٨٥/٨.

النبي ﷺ في بعض مصالح المسلمين[1].

٢ - صفايا رسول الله ﷺ من أموال بني النضير، وفدك، وخيبر، والتي حبَّسها لأوجهٍ عديدة من أوجه البر[2].

٣ - صدقة عمر رضي الله عنه بسهمه في خيبر، روى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: أصاب عمر أرضاً بخيبر فأتى النبي ﷺ فقال: أصبت أرضاً لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه فكيف تأمرني به؟ قال: «إِنْ شِئْتَ حَبَّستَ أصلَهَا، وتَصَدَّقتَ بهَا»، فتصدَّق بها عمر أنه لا يباع أصلها، ولا يوهب، ولا يورث، للفقراء، والقربى، والرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم صديقاً غير متمول فيه[3].

٤ - صدقة عمر بن الخطاب رضي الله عنه بأرض ثَمْغَ بالمدينة، والتي أعطاه إياها رسول الله ﷺ من أموال اليهود الذين جلوا عن المدينة، واشترى عمر رضي الله عنه أرضاً أخرى فضمَّها إليها فأصبحت مالاً معجباً، فقال عمر: يا رسول الله، إن لي مالاً فأنا أحبه، فقال رسول الله ﷺ: «احبِسْ أَصْلَهُ وَسَبِّل ثَمَرَتَهُ»، ففعل[4].

٥ - شراء عثمان رضي الله عنه لبئر رومة ووقفها للمسلمين.

٦ - وتصدق أبو بكرٍ بداره على ولده.

٧ - وتصدق عليٌّ بأرضه بينبع، وتصدق الزبير بداره بمكة، وداره بمصر، وأمواله بالمدينة على ولده، وتصدق سعد، وعمرو بن العاص، وحكيم بن خزام بمثل ذلك.

---

(١) فتح الباري ٤٠٢/٥، شرح النووي على صحيح مسلم، باب حكم الفيء ٨٢/١٢.
(٢) سنن أبي داود، باب في صفايا رسول الله ﷺ ١٣٩/٣.
(٣) صحيح البخاري، باب الشروط في الوقف ٩٨٢/٢.
(٤) أحكام الأوقاف للخصاف، ص٤، ٥.

قال جابر رضي الله عنه: لم يكن أحدٌ من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرةٍ إلا وقف[1].

قال ابن قدامة رحمه الله بأن ذلك اشتهر عنهم، فكان إجماعاً[2]، وقد تتابعت على ذلك الأمة في جميع طبقاتها، وفي مختلف البلدان، وهذا التشريع الحكيم فيه حفاظ على استمرار عمل الخير الذي ينتفع به الإنسان حال حياته، وبعد مماته يجري عليه أجره وخيره.

* * *

(١) المغني، كتاب الوقف والعطايا ٣٤٨/٥.

(٢) المغني لابن قدامة ١٨٥/٨ ـ ١٨٦.

المبحث الثاني
تعريف الأسهم والصكوك، والحقوق المعنوية

أولاً: تعريف السهم:

١ ـ **لغة**: جمع سهم، قال ابن فارس: السين والهاء والميم، أصلان أحدهما يدلُّ على تغيُّرٍ في لونٍ، والآخر يدلُّ على حظٍ ونصيب، وشيءٍ من الأشياء. فالسهمة: النصيب، ويقال: أسهم الرجلان؛ إذا اقترعا، وذلك من السهمة.

والنصيب أن يفوز كل واحدٍ منهما بما يصيبه، قال تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ ٱلْمُدْحَضِينَ ﴿١٤١﴾﴾ [سورة الصافات، آية: ١٤١]، ثم حمل على ذلك فسمي السهم الواحد من السهام، كأنه نصيب من أنصباء، وحظ من حظوظ[١].

٢ ـ **في الاصطلاح**:

الأسهم: صكوك متساوية القيمة غير قابلة للتجزئة، وقابلة للتداول بالطرق التجارية المخصصة لذلك، وهي تمثل حقوق المساهمين في الشركات التي أسهموا في رأس مالها.

والسهم بذلك يفيد حصته مشاعة في شركات الأموال بكل ما تشمله الشركة من أموال وأصول، وديون، وما تملكه من حقوق وامتيازات[٢].

وقد نص القرار رقم (٦٣) من قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السابعة المنعقدة في جدة في ذي القعدة عام ١٤١٢هـ

---

(١) القاموس المحيط، السين والهاء وما يثلثهما ١١١/٣، وانظر أيضاً: القاموس المحيط، للفيروزآبادي، فصل السين، باب الميم ١٣٥/٤.

(٢) انظر: الشركات، للدكتور عبد العزيز الخياط ٢١٢/٢.

على أن المحل المتعاقد عليه في بيع السهم هو الحصة الشائعة من أصول الشركة، وشهادة السهم عبارة عن وثيقة للحق في تلك الحصة، وللسهم قيم متعددة باعتبارات معينة، فهناك:

١ ـ القيمة الاسمية، وهي التي تحدد للسهم عند تأسيس الشركة، ومجموع قيم الأسهم هذه هو ما يحدد رأس مال الشركة.

٢ ـ قيمة الإصدار، وهي التي تصدر بها الأسهم للاكتتاب، وقد تكون أكبر من القيمة الاسمية، وقد تكون مثلها، ولكن لا يجوز أن تكون أقل منها.

٣ ـ القيمة الدفترية، وهي قيمة السهم بعد خصم التزامات الشركة، وقسمة ممتلكاتها بعد ذلك على عدد الأسهم المصدرة، وقد تكون بقسمة حقوق الملكية التي تتمثل في رأس المال المدفوع، والاحتياطات والأرباح المحتجزة على عدد الأسهم المصدرة.

٤ ـ القيمة الحقيقية، وهي التي تمثل نصيب السهم الواحد في أصول الشركة، بعد إعادة تقييمها وفقاً للسعر الجاري بعد خصم ديونها.

٥ ـ القيمة السوقية: وهي القيمة التي يساويها السهم في سوق التداول، وهي غير ثابتة بناءً على اختلاف العرض والطلب(١).

حكم وقف الأسهم:

تقدم أن السهم يمثِّل حصة شائعة لمالكه في شركات الأموال، ولما كانت هذه الحصة ذات قيمة معتبرة في التداول بين الناس فهي بهذا الاعتبار مالٌ صالح للتصرف فيه بالمعاوضة أو بالتبرع به، لكن لما كانت هذه الحصة مشاعة فإنه لا بدَّ من ذكر آراء العلماء في جواز وقف المشاع، وذكر أدلتهم ومناقشتها حتى يتم التوصل إلى رأي مترجح في

---

(١) انظر: المساهمة في النظام السعودي، د/صالح بن زابن المرزوقي، ص٣٥٦ ـ ٣٥٨، والأسهم والسندات في الفقه الإسلامي، د/أحمد الخليل، ص٤٧، والأسهم حكمها وآثارها، د/صالح بن محمد السلطان، ص٤٧، ٦١، ٦٢.

شأن وقف المشاع، وللعلماء في وقف المشاع رأيان:

١ - فيرى محمد بن الحسن الشيباني من الحنفيَّة أنَّ وقف المشاع فيما يقبل القسمة لا يجوز حتى يفرز؛ لأن القسمة من تتمة القبض، والقبض شرطٌ عنده(١).

٢ - ويرى أبو يوسف، وجمهور العلماء، المالكية، والشافعية، والحنابلة جواز وقف المشاع، ودليلهم في ذلك ما يلي:

أ - حديث أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما قدم المدينة أمر ببناء المسجد في موضعه الذي بني فيه، فقال: «يا بني النجار! ثامنوني بحائطكم هذا، قالوا: لا والله لا نطلب ثمنه إلا إلى الله»(٢).

والحائط كان مملوكا بين بني النجار، فهو من المشاع وقد جرى التبرع به ليكون وقفاً لله.

ب - ورد في بعض ألفاظ حديث عمر رضي الله عنه في الوقف أنه قال للنبي صلى الله عليه وآله وسلم: «أن المائة سهم التي لي بخيبر...»(٣).

وهذا دليل على أنها حصة مشاعة، وقد أرشده النبى صلى الله عليه وآله وسلم إلى تحبيس أصلها، وتسبيل ثمرتها، فدل ذلك على جواز وقف المشاع.

وقد بوب له النسائي بقوله: باب حبس المشاع.

وبالنظر للدلالات الواضحة للنصوص التي استدل بها من قال بجواز المشاع، وكون هذا الوقف يتحقق به الغرض المقصود منه بإمكان استيفاء منافعه كما لو لم يكن مشاعا فإنه يتجه القول بجواز وقف أسهم

---

(١) مختصر اختلاف العلماء، لأبي بكر الجصاص الرازي ١٥٩/٤، تبيين الحقائق للزيلعي ٣٢٦/٣.
(٢) صحيح البخاري، الوصايا، باب اذا وقف جماعة أرضاً مشاعاً فهو جائز.
(٣) سنن النسائي - الأحباس، باب إذا حبس المشاع ٢٣٢/٦.

الشركات المساهمة، مع مراعاة ما ذكره العلماء من اشتراط كونها مما يجوز تداوله شرعاً.

ثانياً، الصكوك:

١ ـ **لغةً**: جمع صك، وهو الكتاب[1].

٢ ـ اصطلاحاً: وثيقة أو سند إثبات ملكية حصة شائعة في الأعيان، والمنافع، وهي ذات قيمة متساوية، وقابلة للتداول، ومتعلقة بمشروع استثماري يُدرُّ دخلاً.

وهذا التعريف يتعلق ببيان التصكيك، (أو التسنيد، أو التوريق) المقبول شرعاً، إذ هو تحويلٌ للموجودات العينية، أو المنافع إلى صكوك قابلة للتداول، بخلاف الصكوك التقليدية، أو السندات فإنها تمثل وثيقة قرض مستحق في أجل معين، وله فوائد ربوية ثابتة، وهما من الربا المحرم شرعاً.

والصكوك الشرعية لها ضوابط وشروط لا بد من تحققها حتى تكون بعيدة عن الربا، والمخالفات الشرعية الأخرى. وهي قائمة على أساس المضاربة، وبذلك فهي معرضة للربح والخسارة، كأي استثمار يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، وهناك أوجه اتفاق، **وأوجه افتراق بينها وبين الأسهم، فهي تتفق معها في**:

١ ـ أنها متساوية القيمة.

٢ ـ أن لها قيمة اسمية.

٣ ـ أنها ليست مالاً متقوماً في ذاتها، ولأنها وثيقة بالحق لصاحبه.

٤ ـ قابلة للتداول.

وتفترق الأسهم عن الصكوك في الأمور التالية:

١ ـ السهم يمثل جزءاً من رأس مال الشركة، وليس للشركة في

---

(١) القاموس المحيط، فصل الصاد، باب الكاف ٣/٣٢.

الغالب تاريخ للتصفية، لأن الغرض من إنشائها الاستثمار، والتوسع فيه، أما الصك فالغالب اختصاصه بمشاريع لها تاريخ ابتداء وانتهاء.

٢ ـ السهم يعطي صاحبه حق حضور الجمعية العمومية، والتصويت، والاشتراك في الإدارة والرقابة، ولا يملك حامل الصك ذلك.

٣ ـ الصكوك تصدرها الشركات باعتبارها منتجاً من منتجاتها التجارية، أما الأسهم فإنها تمثل ما تملكه الشركة من أصول وأعيان وغير ذلك.

حكم وقف الصكوك:

الصكوك بحسب التعريف الذي ذكر مالٌ متقوم، لأنها تمثل حصة شائعة في الأعيان، أو المنافع، وهي قابلة للتداول، وليست سندات قرض، بل هي قائمة على أساس المضاربة، التي تحتمل الربح والخسارة، وقد استقرَّ مفهومها في العرف بين المتعاملين بها.

وبينها وبين الأسهم تشابه كبير من حيث دلالة كل منهما على حصة شائعة، وإن اختلف محل هذه الحصة، فهي في الأسهم رأس مال الشركة، وفي الصكوك المشاريع الاستثمارية المحددة سواء أكانت منافع أم أعيان.

وكذلك كون أفراد كلٍّ منهما متساوية القيمة، قابلة للتداول.

ولا يمنع من ماليتها عدم معرفة الناس بها فيما مضى، فإن مفهوم المال عرفي، ويجوز أن تجد بين الناس أموالاً في زمن تروج وتحظى بالقبول منهم مع أنها لم تكن معروفة من قبل، وعليه فإن ما تقرر في جواز وقف الأسهم يتقرر مثله في جواز وقف الصكوك مع وجوب مراعاة تحقق الضوابط الشرعية التي تميزها عن الصكوك التقليدية، والسندات.

وأهم هذه الضوابط ما يلي:

١ - يجب أن تمثل الصكوك القابلة للتداول ملكية حملة الصكوك بجميع حقوقها والتزاماتها.

٢ - لا يجوز أن تمثل الصكوك القابلة للتداول الإيرادات، أو الديون.

٣ - يتعيَّن على الهيئات الشرعية أن تدقق العقود والوثائق ذات الصلة بالصكوك، وأن لا تكتفي بإصدار الفتاوى فقط.

٤ - أن يتم استثمار حصيلة الصكوك بإحدى صيغ الاستثمار الشرعي[(١)].

الحقوق المعنوية:

١ - في اللغة:

قال ابن فارس: الحاء، والقاف أصل واحد يدل على إحكام الشيء وصحته.

وهو يطلق على أشياء عديدة، فهو اسم من أسماء الله، وعلى القرآن، وضد الباطل، والأمر المقضي، والعدل، والإسلام، والمال، والملك، والموجود، والثابت، والصدق، والموت، والجزم[(٢)].

٢ - في الاصطلاح:

الحق: مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون[(٣)].

وعرَّف الدكتور محمد يوسف موسى الحق بأنه: مصلحة ثابتة للفرد، أو المجتمع، أو لهما معاً يقررها الشارع الحكيم.

واعترض عليه الدكتور قطب سانو بأنه غير جامع لأنواع الحق،

---

(١) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

(٢) معجم مقاييس اللغة، باب ما جاء في كلام العرب في المضاعف والمطابق، أوله حاء ١٥/٣، والقاموس المحيط للفيروزآبادي، فصل الحاء باب القاف ٢٨٨/٣.

(٣) أحكام الأوقاف للشيخ مصطفى الزرقا.

لأن هناك حقوقاً تثبت بغير الشرع كالحقوق التي تثبت بالقانون، أو بالعرف، واقترح أن يكون التعريف هكذا: **الحق**: مصلحة ثابتة للفرد، أو المجتمع، أو لهما معاً، يقررها الشارع الحكيم، أو القانون أو العرف[1].

وفي رأيي أن هذه الإضافة لا لزوم لها، لأن البحث هنا ليس في مسألة لغوية، ولا عقلية، ولا عرفية، وإنما هو لبيان الحق في الشرع، وعلى ذلك فالقانون والعرف الموافقان للشرع داخلان فيه، والمخالفان له خارجان عنه، فلا لزوم لهذه الزيادة، للاستغناء بالمذكور عنها.

ولعلَّ أقرب التعاريف إلى تصوير الحق ما ذكره الدكتور عبد السلام العبادي بقوله: اختصاص ثابت في الشرع يقتضي سلطة أو تكليفاً لله على عباده أو لشخصٍ على غيره[2].

والحق المعنوي في القانون: سلطة مقررة لشخصٍ على شيءٍ معنوي، هو ثمرة فكره، أو نشاطه[3].

وهذا النوع من الحقوق لم يكن معهوداً فيما مضى من الأزمنة، ولكن نظراً للتطور الصناعي والعلمي، ظهرت الحاجة إلى ضبطه، وإثباته، والدفاع عنه، ووضعت الدول في قوانينها مواد خاصة تكفل المحافظة على هذه الحقوق لأصحابها، ووجدت وكالة متخصصة من وكالات الأمم المتحدة للعمل من أجل تطوير نظام دولي متوازن وميسر بشأن الملكية الفكرية، تحت اسم: المنظمة العالمية للملكية الفكرية، (الويبو) وكان تأسيسها عام ١٩٦٧م بموجب اتفاقية (الويبو) وبتفويض من الدول الأعضاء فيها في جنيف، لتعزيز حماية الملكية الفكرية عبر العالم على سبيل التعاون بين الدول، ومع سائر المنظمات الدولية، ودخلت

---

(١) وقف المنافع والحقوق وتطبيقاته المعاصرة، د/قطب مصطفى سانو، ص١١ ـ ١٣.

(٢) الملكية في الشريعة الإسلامية، د/عبد السلام العبادي ١/١٠٣.

(٣) الملكية في الشريعة الإسلامية، د/عبد السلام العبادي نقلاً عن شرح نظرية الالتزام في القانون السوري للزرقا، ص٥٦ ـ ٦٦.

هذه المنظمة حيز التنفيذ عام ١٩٧٠م، وانضم إلى عضويتها ١٨٣ دولة[١].

ولم يعهد في التاريخ الإسلامي، ولا في التراث العلمي للمسلمين فيما مضى التفات لهذا النوع من الحقوق على سبيل الأفراد، والتخصيص رغم النشاط الكبير الظاهر في التأليف الذي لا يمكن إنكاره أو تجاهله، ولعل السبب في ذلك أن كل ما لا تستغني عنه الأمة يعتبر من فروض الكفاية، التي تأثم الأمة جميعها بتركها، والعلم، وخاصة الشرعي منه لا يحلُّ كتمانه وبذلك لم يوجد اهتمام ببحث مسألة استحقاق الشخص لما ينتجه من الأشياء الفكرية، أو الأدبية، ولكن بتطور الزمن ووجود الخشية من انصراف القادرين عن إنتاج ما ينفع من الأمور غير المادية، وظهور أناس يستغلون جهود غيرهم مما يؤدي إلى الإضرار بهم، ومن ثم تقاعسهم، او امتناعهم عن إنتاج هذه الأمور النافعة، فإنه لا مانع من وضع القواعد التي تكفل الحق لأصحابه، وتمنع من الاعتداء عليه حتى يستمر العطاء وينمو ويزيد الإبداع، كما حصل من الأئمة بالإفتاء بجواز أخذ الأجرة على الأذان، وعلى تعليم القرآن، بعد أن كان ذلك ممنوعاً في العصور الأولى، نظراً لانصراف الناس عن القيام بذلك احتساباً، بسبب اشتغالهم بأمور معاشهم، فكان لا بدَّ من الإفتاء بجواز ذلك، حتى تضمن الكفاية لهم، فيؤدوا واجب الأذان وتعليم القرآن[٢].

وقد تطور شأن الحقوق المعنوية في تعاملات الناس وأعرافهم وأمكن إثباتها، وتسجيلها لأصحابها، مما يسر لأهل العصر الإفادة منها مادياً بحيث تباع، أو يستفاد منها عند بيع الكتب أو المصنوعات بتخصيص نسبة من قيمة البيع لصاحب الكتاب، أو نسبة من قيمة المصنوع للمخترع، ونحو ذلك.

---

(١) www.wipoint، وانظر المجمع العربي للملكية الفكرية، www.aspip.org .

(٢) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية، د/عبد السلام العبادي ١/١٩٩.

الحكم الفقهي في وقف الحقوق المعنوية:

الحقوق المعنوية بناءً على ما تقدم من التفات الناس إليها وقبولهم مقابلتها بالمال، وتداولها فيما بينهم، أموال محترمة يمكن أخذها وإعطاؤها تبرعاً للأفراد، أو الهيئات والجهات، أو معاوضة، وهي أقرب ما تكون إلى المنافع، والمنافع عند جمهور العلماء أموال، وإن كانت هناك فروق بين ملك العين، وملك المنفعة، أهمها:

١ ـ قبول ملك المنفعة لأن يتقيد بالزمان والمكان والصفة، والنوع، فتملُّك المنفعة في مدة معينة كما في الإجارة والوصية بالمنافع، أما قبوله للتقيد بالزمن، فلأنَّ الزمن يعدُّ معياراً للمنفعة المملوكة، فيملك من المنفعة بقدر ما يكون منها في زمن معين، وأما تقييدها بالمكان والصفة والنوع، فلأن ذكره ذلك يعد بياناً لما ملك منها، وتعريفاً به.

وهذا بخلاف ملك العين فإنه دائم مطلق، ومن ثم لا يتقيد بزمان ولا مكان ولا نوع ولا صفة.

٢ ـ قبوله للتوارث عند جمهور الفقهاء، لأنه لا ينتهي بالموت، وخالف في ذلك الحنفية، فقالوا بأنه لا يقبل التوارث في جميع صوره وأحواله، لانتهائه بالموت عندهم، ويستثنى من ذلك ما لا ينتهي بالموت عندهم مثل حقوق الارتفاق[١].

وقد صدر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره الخامس المنعقد في الكويت عام ١٤٠٩هـ القرار رقم ٤٣ (٥/٥) (١) بشأن الحقوق المعنوية، والذي نص على ما يلي:

أولاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار، حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة، لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها.

---

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، الشيخ علي الخفيف.

ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري، أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي، إذا انتفى الغرر، والتدليس، والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع، أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرف فيها[1].

وبناءً على ذلك فإنه يجوز وقفها، وتسبيل ما قد يعود منها من نفع في وجه البر الذي يحدده الواقف.

❋ ❋ ❋

---

(١) مجلة المجمع، العدد الخامس ٢٢٦٧/٣.

المبحث الثالث

المناقشة والترجيح

مرَّ معنا فيما تقدَّم تصوُّرٌ للوقف ولمشروعيَّته، واختلاف العلماء فيما يصحُّ وقفه وما لا يصحُّ، وتناول البحث مسألة وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية ـ وهي موضوع البحث الأساس ـ في محاولة لبيان حقيقتها، ومعرفة إمكانية وقفها، ومن خلال ما تقدَّم يمكن أن نقرِّر ما يلي:

أولاً: إنَّ مفهوم (المال) مفهوم يستند إلى أعراف الناس، وقبولهم بشيءٍ ما على أنَّ له قيمة فيما بينهم، مع وجوب اعتبار الشريعة له، وعدم ورود ما يمنع من ذلك فيهما سواء في نصوصها الجزئية، أو في قواعدها الكلية.

ولدى النظر في تعاريف العلماء للمال نجد أنها تحاول تصوير حقيقة المال بما يتفق ورؤيتهم المذهبية، فالحنفيَّة مثلاً يؤكدون المعنى العام للمال في تعاريفهم بمثل قولهم: «ما يميل إليه الطبع»، و«كل قيمة مالية بين الناس»، ونحو ذلك، ولكنهم يضمنوها غالباً رؤيتهم لما يصلح أن يكون مالاً، فيقولون: «ما يمكن ادِّخاره لوقت الحاجة»، أو «موجود يميل إليه الطبع»، أو «كل عين ذات قيمة بين الناس» ونحوه، ليدلوا به على أن الأعيان هي التي توصف بالمالية وليست المنافع حسب رؤيتهم التي ترتكز على أمرين:

الأول: كون الشيء مادياً محسوساً تمكن حيازته وإحرازه، ليخرجوا بذلك المنافع.

ثانيهما: أن يكون الشيء منتفعاً به انتفاعاً معتاداً في غير حال الضرورة للاحتراز عن لحم الميتة، والخمر ونحوها حال الضرورة فإنها

وإن كانت مادية محسوسة إلا أنَّ الانتفاع بها حال السعة والاختيار ممنوع بنصِّ الشرع[(١)].

وجمهور العلماء من المالكية، والشافعيَّة، والحنابلة يوافقون الحنفية في أن أهم عناصر المالية، القبول بين الناس، وما يترتب على ذلك من آثار[(٢)].

ولكنهم لا يوافقونهم على حصر المالية في الأعيان فقط.

وهذا الذي مرَّ عن المذاهب في مجمله يؤكد كون المعول عليه في اعتبار المالية عرف الناس في القبول بالشيء مع عدم مصادمة الشرع، وهذا أمر يتسع في مفهوم المال ليشمل كل ما يجد من الأموال مما لم يكن موجوداً فيما مضى من الأزمنة أو كان موجوداً ولكن لم تتطور الوسائل والاعتبارات التي تمكن من تحصيله وضبطه، كما أنه يتسع أيضاً لاختلاف البيئات والأعراف.

وهذا ما قرره العلماء والمحققون من أهل العصر في ماهية النقود، حيث بينوا أن وصف النقدية يتحقق في كل شيءٍ يلقى قبولاً عاماً بين الناس كوسيط للتبادل، بقطع النظر عن مادته التي اتخذ منها[(٣)]، وهذا النظر الفقهي الدقيق ليس حادثاً بالكلية بل هو منقول عن بعض العلماء المتقدمين.

جاء في فتاوى الإمام ابن تيمية رحمه الله قوله: «وأما الدرهم والدينار فما يعرف له حدٌّ طبعي، ولا شرعي، بل مرجعه إلى العادة، والاصطلاح؛ وذلك لأنه في الأصل لا يتعلق المقصود به، بل الغرض أن يكون معياراً لما يتعاملون به، والدراهم والدنانير لا تقصد لنفسها، بل هي وسيلة إلى التعامل بها، ولهذا كانت أثماناً»[(٤)].

---

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية، د. عبد السلام العبادي ١٧٢/١ ـ ١٧٥.
(٢) المرجع السابق ١٧٥/١ ـ ١٧٩.
(٣) المرجع السابق.
(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٤٨/١٩، ٢٤٩.

وهذا المعنى متسق مع نصوص الشرع أيضاً، فإن أكثرها يذكر المال، ولا يفصل في ماهيته، بل يكتفي بإضافته إلى من هو له، مما يدل على أن الإحالة في فهم المعنى على ما يعرفه الناس، ويعهدونه فيما بينهم، جرياً على القاعدة المعروفة: أن كل ما لم يرد له تحديد في الشرع، ولا في اللغة، يرجع في تحديده إلى العرف[1].

ومن هذه النصوص:

قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا﴾ [سورة النساء، آية: ٥].

وقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴿١٠﴾﴾ [سورة النساء، آية: ١٠].

وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [سورة النساء، آية: ٢٩].

وقوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَآ أَمْوَٰلُكُمْ وَأَوْلَٰدُكُمْ فِتْنَةٌ﴾ [سورة الأنفال، آية: ٢٨].

وقوله عليه الصلاة والسلام: «إِنَّ دِمَاءَكُم وَأَموَالَكُم وَأَعْرَاضَكُم حَرامٌ عَلَيْكُم»[2].

وقوله: «لا يَحِلُّ مَالُ امرئ مُسلِمٍ إلاَّ بِطِيبٍ مِنْ نَفْسِهِ»[3].

وبعد هذا كله يمكن أن نقول: إن الأسهم، والصكوك، والحقوق المعنوية أموالٌ لاعتبارها بين الناس وصحة الاعتياض عنها، وترتب الضمان على متلفها، وإن جريان العرف بقبولها واعتبار ماليتها في هذا الزمن يجعلها أموالاً محترمة يجري فيها كل ما يجري في المال من التصرفات بالمعاوضة، أو التبرع.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٩٨/١ وما بعدها.
(٢) صحيح البخاري ٦١٩/٢.
(٣) مسند الإمام أحمد بن حنبل ٧٢/٥.

ثانياً: الوقف تبرُّعٌ محض، قال المحاملي في أماليه صفحة (٢٥٧) نقلاً عن: تيسير الوقوف على غوامض أحكام الوقوف لعبد الرؤوف المناوي الشافعي: «التبرعات ستة: الوقف ـ الصدقة ـ والهبة ـ والعمرى ـ والرقبى ـ والوصية»، قال: «ويزاد عليها الإباحة على ما ذكره في التدريب»[١].

وقال القرافي في الفروق عند الكلام على الفرق الرابع والعشرين من قاعدة: ما تؤثر فيه الجهالات والغرر، وقاعدة: ما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات: وانقسمت التصرفات عنده ـ يعني: الإمام مالكاً ـ ثلاثة أقسام: طرفان، وواسطة، فالطرفان: أحدهما: معاوضة صرفه فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة، ثانيهما: ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال، كالصدقة والهبة والإبراء؛ فإن هذه التصرفات لا يقصد بها تنمية المال، بل إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه، فإنه لم يبذل شيئاً، بخلاف القسم الأول، إذا فات بالغرر والجهالة ضاع المال المبذول في مقابلته، فاقتضت حكمة الشرع، وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق، بالمعلوم، والمجهول؛ فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً، وفي المنع من ذلك وسيلةٌ إلى تعطيله...[٢].

ومن المعلوم أن المؤثر في تحديد صيغ التبرع، وما يكون فيها من شروط جعليَّة، إنما هو إرادة المتبرعِ نفسه ـ بشرط أن لا تخالف الشرع ـ وليس في الشرع ما يدلُّ على منعه من وقف ما يرجو بره وخيره مما يُعدُّ مالاً، عقاراً، أو منقولاً، عيناً، أو منفعة، ما دام الانتفاع به ممكناً.

ومن العبارات المشهورة في باب التبرع قولهم: إن المتبرع أمير نفسه، وعلى ذلك فمنعه منه يضيق أبواب الخير، ويحجر على باغيه.

ثالثاً: الذي ورد من صيغ الوقف في حديث النبي عليه الصلاة والسلام، إنما هو بيان للصورة المثلى التي لا خلاف على أهميتها

---

(١) صفحة ٢٩.

(٢) ١/١٥١.

وفضلها في موضوع الوقف؛ لانتفاء الشك في بقائها واستمرارها مدة طويلة تحصل ثواب الصدقة الجارية للواقف؛ لارتباطها بعقار قائم، تحقيقاً لما قاله النبي ﷺ: «إِذَا مَاتَ ابنُ آدَمَ انقَطَعَ عَمَلُهُ إلاَّ مِن ثَلاثٍ، صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَو عِلْمٍ يُنتَفَعُ بِه، أَو وَلَدٍ صَالِحٍ يَدعُو لَه»[1].

ولكن هذا لا يمنع غيرها مما لم يصل إلى مرتبتها في الأهميَّة، ولا يقلل من شأنها، ومثل ذلك ما ورد عنه ﷺ من الإشادة والثناء على بعض أنواع الذكر، كقوله: «أَحَبُّ الكَلام إلى الله أَربَع، لا يَضُركَ بِأَيهنَّ بَدَأت، سُبحَانَ اللَّهِ، وَالحَمدُ لله، ولا إِلَهَ إِلاَّ اللَّهُ، وَاللَّهُ أَكبَر»[2].

فإنه يثبت الفضل لهؤلاء الكلمات ببيان كونهن أحب الكلام إلى الله عز وجل، ولكنه لا ينفي فضل أذكارٍ وأعمالٍ أخرى، مثل الصلاة على النبي ﷺ، ومثل الاستغفار، وقول: لا حول ولا قوة إلا بالله، وحسبنا الله ونعم الوكيل ونحوها، وكذلك جوابه ﷺ لمن سأله عن أفضل الأعمال بقوله: «الصَّلاةُ لِوَقتِهَا»[3]، ولآخر بقوله: «بِرُّ الوَالِدَيْن»[4] ونحوه، ولا يمنع من تعاطيها.

ولم يثبت نص عن الله ولا عن رسوله يحدد ما يجوز وقفه وما لا يجوز من الأموال، والذي ورد هو سؤال خاص من عمر رضي الله عنه في شأن أرضه التي أراد أن يتصدَّق بها في سبيل الله، فقال له النبي ﷺ: «احبِسْ أَصْلَهُ وَسَبِّل ثَمَرَتَهُ» وفي رواية: «إن شئت حبست أصلها...». مما يدل على عدم الإلزام، وأن الأمر إلى خيرة المتبرع.

وما كان للنبي ﷺ أن يفعل غير ذلك وهو يستشار من صاحبه في عمل البر الذي ينفعه أكثر من غيره.

وكذلك لا توجد قاعدة شرعيَّة تحدد ذلك، وتمنع ما عداه.

---

(١) سبق تخريجه ص ٦٨.
(٢) صحيح مسلم ١٦٨٥/٣.
(٣) صحيح البخاري ١٩٧/١.
(٤) صحيح البخاري ١٩٧/١.

وبناءً على ذلك فإن وقف الأسهم، والصكوك، والحقوق مندرج تحت التبرع المندوب إليه، وهو يحقق مقاصد الواقفين في تحصيل الثواب الدائم، ويحقق أيضاً مقاصد الموقوف عليهم بسد حاجاتهم، وتحصيل مصالحهم.

رابعاً: الشروط التي وضعها العلماء للوقف، اجتهادية، أخذاً من الصورة التي علمها الرسول ﷺ لعمر رضي الله عنه، وهي بهذا الاعتبار مقبولة؛ لأنها تؤدي إلى المحافظة على مقصود المتبرع، واستمرار ثواب عمله ببقاء العين الموقوفة، ولعل هذا هو السبب في منع بعض العلماء من وقف المنقولات، والمنافع، ولكن لا ينبغي أن ينظر إليها على أنها مانعٌ من عمل البر الذي لا يعارض الشرع في غير هذه الصورة المثلى، وبناءً عليه فإنه ينبغي النظر إلى ما ورد من عبارات الفقهاء في شروط الوقف من قولهم: (لا يصح)، أو (لا يجوز) على أنها تحمل دلالات خاصة غير ما قد يفهم منها من الحرمة، أو مخالفة الشرع؛ لأنه ليس من مقاصد الشرع تضييق أبواب البر، بل على العكس من ذلك فإن الأدلة المتكاثرة تدل على خلافه، ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [سورة المائدة، آية: ٢]، ﴿وَسَارِعُوا إِلَىٰ مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [سورة آل عمران، آية: ١٣٣]، ﴿وَافْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ [سورة الحج، آية: ٧٧]، ﴿مَّن ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ وَلَهُ أَجْرٌ كَرِيمٌ ﴿١١﴾﴾ [سورة الحديد، آية: ١١]، ﴿وَمَا تُقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُم مِّنْ خَيْرٍ تَجِدُوهُ عِندَ اللَّهِ﴾ [سورة المزمل، آية: ٢٠]، ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ﴿٧﴾ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ ﴿٨﴾﴾ [سورة الزلزلة، الآيتان: ٧، ٨]، وغيرها كثر.

والتضييق في شروط الوقف بما يجعله محصوراً في الصورة التي ذكرها الرسول عليه السلام جواباً لعمر رضي الله عنه عندما استنصحه، يضاد مقاصد الشرع في الترغيب في التوسع في عمل الخير، والحث عليه.

خامساً: حاجة العمل الخيري المعاصر إلى تعداد، وتوسعة أوجه البذل لا سيما في المصارف الكبيرة التي يعجز فردٌ أو أفراد قلائل عن القيام بسدها، ومن ذلك: الأوقاف الكبيرة، مثل: الجامعات،

والمستشفيات، والمراكز، والمؤسسات الكبيرة التي تحتاج إلى تمويل مجمع من أناس كثيرين، يسهمون في تحصيل هذا المبلغ الكبير بشراء أسهم خيرية فيه أو يقدمون أصولا نافعة يكون من مجموعها ما يتحقق به هذا العمل الوقفي العظيم، الذي ينفع الله به الإسلام والمسلمين، وهو معتمد بعد الله تعالى على وقف هذه القيم النقدية التي تقدم للإسهام فيه، وقد خطت بحمد الله كثيرٌ من مؤسسات العمل الخيري الرائدة خطوات كبيرة موفقة في هذا المضمار مما مكَّنها من إنجاز مشروعات ضخمة ما كان لها أن تتم لولا فضل الله أولاً، وتيسير الأمر على الراغبين بقبول وقف النقود وغيرها مما له قيمة نافعة ثانياً، والتي تحولت بعد ذلك إلى أصولٍ ثابتة.

ثم إن هناك حاجات كثيرة الآن لا تجد لها من يسدها إلا بالعمل على تيسير الهياكل الوقفيَّة، وصياغة شروط ميسرة منضبطة بضوابط الشرع لها، مثل مؤسسات القرض الحسن، ووقف المنافع، في استخدام الطرق، وفي الحصول على بعض الخدمات المجانية لبعض الفئات التي لا تستطيع دفع تكاليفها، وكذلك لدعم بعض جهات الخير، ومؤسسات النفع العام، وذلك كله يوجب ابتكار أساليب جديدة، وطرق أبواب عديدة مما جدَّ في الحياة من أساليب الاستثمار وأنواع الأموال التي استحدثت حتى يكون الوقف محققاً لما قصد منه من سد الحاجات والإسهام في النهضة والتنمية، وتحصيل الأجر والثواب من أوسع الأبواب.

وأخيرا فإنه يمكن القول بأن أقرب المذاهب إلى قواعد الشرع وأدلته في موضوع الوقف هو: المذهب المالكي، حيث أجاز الوقف في العقار، والمنقول، وأجازه منجزاً، ومعلقاً، ومؤبداً، ومؤقتاً، فهو يحقق معنى التبرع الذي ينتمي الوقف إليه ويفتح باب الخير للراغبين، ويشجع على الإسهام فيه بكل ما هو ممكن، وبالله التوفيق وعليه الاعتماد.

* * *

الخاتمة

تناول البحث التعريف بالوقف وبيان مشروعيته، والتعريف بالأسهم والصكوك، والحقوق المعنوية، وبيان الحكم الشرعي في جواز وقفها، وقد توصل البحث إلى ما يلي:

أولاً: إن ما ذكره العلماء رحمهم الله من شروط وضوابط للوقف اجتهادٌ منهم في النصوص والوقائع التي ورد فيها ذكر الحبس، ولم يرد بها نص، وهي منهم سعي للمحافظة على ما قصدوه من ضبطٍ لأحكام هذا التبرع، حتى يكون محققاً لاستمرار البر لصاحبه الذي بذله، ولكن كثيراً من هذه الشروط ضيقت سبل هذا الخير، وألزمت بما لا يلزم.

ثانياً: عرف البحث بالأسهم والصكوك، والحقوق المعنوية، وناقش مسألة وقفها، وتوصل إلى جواز وقفها بناءً على ماليتها المعتبرة في العرف بين الناس، وضبطها، وإمكان استثمارها، وتداولها.

ثالثاً: تطرق البحث إلى بيان مفهوم المال في الشريعة الإسلامية وأن الضابط في تحديد المالية إنما هو القبول العرفي بين الناس، وصلاحية الشيء للتداول، وليس هناك شيءٌ مختصٌ بالمالية بطبعه ولا بوصفه، كما تطرق إلى مناقشة مفهوم التبرع، وأنه الأساس في الوقف، ولذلك فلا حرج على المتبرع فيما يحدده، أو يخصصه في تبرعه، لأنه أمير نفسه.

رابعاً: توصل البحث إلى أن أقرب المذاهب الفقهية إلى مقاصد الوقف خاصة، والتبرعات عامة، هو المذهب المالكي، وبالله التوفيق.

* * *

المراجع

١ ـ أحكام الأوقاف، للخصاف.
٢ ـ أحكام الأوقاف، مصطفى الزرقا.
٣ ـ أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، د/محمد عبيد الكبيسي.
٤ ـ الأسهم حكمها وآثارها، د/صالح محمد السلطان.
٥ ـ الأسهم والسندات في الفقه الإسلامي، د/أحمد محمد الخليل.
٦ ـ الأشباه والنظائر، للسيوطي.
٧ ـ الأم، للشافعي.
٨ ـ الأمالي، للمحاملي.
٩ ـ الأنوار لأعمال الأبرار، ليوسف الأردبيلي.
١٠ ـ أنيس الفقهاء، للقونوي.
١١ ـ بدائع الصنائع، للكاساني.
١٢ ـ التاج والإكليل لمختصر خليل.، للمواق.
١٣ ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي.
١٤ ـ تحرير ألفاظ التنبيه، للنووي.
١٥ ـ تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لابن حجر الهيثمي، ومعه حواشي الشرواني، وابن قاسم العبادي.
١٦ ـ الثمر الداني شرح رسالة أبي زيد، صالح عبد السميع الآبي.
١٧ ـ الحدود، لابن عرفة مع شرحه للرصاع.
١٨ ـ شرح النووي على صحيح مسلم.
١٩ ـ شرح منتهى الإرادات، للبهوتي.
٢٠ ـ شركات المساهمة في النظام السعودي، د/صالح بن زابن المرزوقي.
٢١ ـ الشركات في الشريعة الإسلامية والقوانين، د/عبد العزيز الخياط.
٢٢ ـ الصحاح، للجوهري.
٢٣ ـ عقد الجواهر الثمينة، لابن شاس.
٢٤ ـ فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر.
٢٥ ـ فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، لزكريا الأنصاري.
٢٦ ـ القاموس المحيط، للفيروزآبادي.

٢٧ ـ قضايا فقهية معاصرة في الأوقاف الإسلامية، د/منذر قحف.
٢٨ ـ مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الخامس.
٢٩ ـ محاضرات في الوقف، الشيخ محمد أبو زهرة.
٣٠ ـ مختصر اختلاف العلماء، لأبي بكر الجصاص الرازي.
٣١ ـ معجم مقاييس اللغة، لابن فارس.
٣٢ ـ المغني، لابن قدامة.
٣٣ ـ الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، الشيخ علي الخفيف.
٣٤ ـ الملكية في الشريعة الإسلامية، د/عبد السلام داود العبادي.
٣٥ ـ نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، للزيلعي.
٣٦ ـ الورق النقدي، للشيخ عبد الله بن منيع.
٣٧ ـ وقف المنافع والحقوق وتطبيقاته المعاصرة، د/قطب مصطفى سانو.
٣٨ ـ www.wipoint.
٣٩ ـ www.aspip.org.

* * *

حكم وقف الأسهم
والصكوك والمنافع

إعداد
أ. د. خليفة بابكر الحسن
خبير أول بمعلمة القواعد الفقهية بجدة

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد.

فهذا بحث عن: «حكم وقف الأسهم والصكوك والمنافع»، أعددته للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، المقرر عقدها في إمارة الشارقة بدولة الإمارات العربية المتحدة في: ٢/جمادى الأولى/١٤٣٠هـ. الموافق: ٢٦/٤/٢٠٠٩م.

وقد جعلت بحثي في:

١ ـ تمهيد عن تعريف الوقف ومرونته وقابليته للاجتهاد.

٢ ـ مبحث أول عن وقف الأسهم والصكوك.

٣ ـ مبحث ثان عن وقف المنافع.

٤ ـ خاتمة البحث.

أسأل الله التوفيق فيما أنا بصدده، كما أسأله أن يجعل جهدي هذا في حسناتي يوم الدين ﴿يَوْمَ لَا يَنفَعُ مَالٌ وَلَا بَنُونَ ﴿٨٨﴾ إِلَّا مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ ﴿٨٩﴾﴾ صدق الله العظيم.

خليفة بابكر الحسن

* * *

تمهيد عن مرونة الوقف وقابليته للاجتهاد

ليس من شك في أن الوقف في الإسلام يمثل وجهاً من وجوه البر والإحسان الممتدة الدائمة، وباباً واسعاً من أبواب الصدقة الجارية النافعة، حث عليها القرآن الكريم حين حث على الصدقات وندب إلى الإنفاق بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ﴾[1]، وقوله: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَعَمِلُواْ ٱلصَّٰلِحَٰتِ كَانَتْ لَهُمْ جَنَّٰتُ ٱلْفِرْدَوْسِ نُزُلًا ﴿١٠٧﴾﴾[2]، وقوله: ﴿لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾[3] وطبقه الرسول ﷺ بسنته الشريفة حين أصاب سيدنا عمر رضي الله عنه أرضاً بخيبر وأتى النبي ﷺ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله إني أصبت أرضاً لم أصب قط مالاً أنفس عندي منها فما تأمرني فيها؟ فقال: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لا يباع أصلها، ولا يبتاع، ولا يوهب، ولا يورث»، قال: فتصدق بها عمر رضي الله عنه في الفقراء وذوي القربى والرقاب وابن السبيل والضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها أو يطعم صديقاً بالمعروف غير متأثل فيه أو غير متمول فيه[4]. وحين وقف أراضي مخيريق الذي كان يهودياً ثم أسلم وقاتل مع رسول الله ﷺ في غزوة أحد، وقال لقومه: إن أصِبْتُ فمالي لمحمد ﷺ يصنع فيه ما يشاء، ثم خرج فقاتل حتى قتل رضي الله عنه، فقال فيه رسول الله ﷺ: «مخيريق خير يهود». وجعل أملاكه وقفاً[5]. وحين قال ﷺ: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من

(١) البقرة: ٢٦٧.

(٢) الكهف: ١٠٧.

(٣) آل عمران: ٩٢.

(٤) الحديث في صحيح البخاري، كتاب الوصايا حديث رقم: ٢٧٦٤، ٣٠٨/٧. ط: على نفقة الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم مطبعة أبي حيان.

(٥) الإسعاف للطرابلسي: ص: ٧. وسيرة ابن هشام مع الروض الأنف: ١٦٨/٣. دار المعرفة للنشر.

ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»[1]. وتبع الصحابة رضي الله عنهم رسول الله ﷺ في ذلك حينما عملوا على وقف كرائم أموالهم، ونفائس ضياعهم على الفقراء والمساكين وأبناء السبيل، وولجوه باباً من الأبواب الواسعة التي ساعدت في سد خلة المحتاجين، والتخفيف عن أبناء السبيل العابرين باسطين من خلاله التكافل الاجتماعي بين أفراد مجتمعهم الذي نعم ـ آنذاك ـ بسلامة نواياهم، وطهارة قلوبهم، وعلو مقاصدهم، وجملة ما تشربت به نفوسهم الزكية من تربية الرسول ﷺ لهم على الحق، والفضيلة، والخير، والرحمة، والود، والتآخي.

وفي ظل تلك المعاني كلها تطور الوقف الإسلامي ـ من بعد ـ في عصر التابعين والأئمة المجتهدين ومن تلاهم من فقهاء المذاهب الأربعة وغيرهم، ومن ثم أتباعهم وتلاميذهم من المصنفين والشراح الذين طوروا مباحث الوقف في إطار تطور مجتمعاتهم، وازدياد حاجاتها واتساع متطلباتها فتأسس من ذلك بنيان فقهي متين غطى كل جوانب الوقف من حيث مفهومه، وأحكامه، وشروطه، وأنواعه، وإدارته، واستثماره.

وأصل الوقف في اللغة مصدر وقف بمعنى حبس. تقول: وقفت الدابة والسيارة بمعنى حبستها ومنعتها من السير، وتقول: وقفت عن السير بمعنى حبست نفسي عنه. وتستعمل كلمة الوقف مجازاً بمعنى الاطلاع أو الإحاطة تقول: وقفت على معنى كذا بمعنى اطلعت عليه، ووقفته على ذنبه بمعنى أطلعته عليه، وكما تستخدم في الحسيات تستخدم في المعنويات تقول: وقف جهوده على فعل الخير بمعنى حصرها فيه وهكذا، والفعل يستخدم في العربية لازماً ومتعدياً. أما أوقف فاستعمال غير فصيح[2].

وقد جاء استعمال المادة في القرآن الكريم في قوله تعالى:

---

(١) الإسعاف للطرابلسي: ص: ٧.

(٢) أساس البلاغة للزمخشري والقاموس المحيط للفيروزآبادي.

﴿وَقِفُوهُمْ إِنَّهُم مَّسْـُٔولُونَ ﴿٢٤﴾﴾[(١)]، وقوله: ﴿وَلَوْ تَرَىٰٓ إِذْ وُقِفُواْ عَلَى ٱلنَّارِ﴾[(٢)].

وفيما وراء ذلك فقد اشتهر استعمال المصدر «الوقف» في اسم المفعول تقول: هذا وقف، أي: موقوف مثلما أطلق الرأي وهو مصدر على المرئي، تقول: هذا رأي فلان، أي: ما يراه.

أما في الاصطلاح فقد اختلف الفقهاء في تعريف الوقف تبعا لاختلاف نظرتهم وتكييفهم له من جهة اللزوم وعدمه.

فالإمام أبو حنيفة ـ الذي يقول بعدم لزومه ـ يعرفه بأنه: «حبس العين على ملك الواقف والتبرع بمنفعتها بمنزلة الإعارة»[(٣)].

ومقتضى تعريفه هذا أن الوقف هو التبرع بالمنفعة فقط، أما العين فمحبوسة على ملك الواقف وغير خارجة عنه، وهذا الوضع يتيح له التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية فله بيعها وهبتها والوصية بها، كما أنه إذا مات تكون جزءاً من تركته كسائر أملاكه إلا في صور ثلاث نص الإمام أبو حنيفة على أن الواقف لا يملك الرجوع فيها لاعتبارات خاصة بها[(٤)].

أما الصاحبان محمد وأبو يوسف فيريان أن الوقف لازم، ولذا يعرفانه بأنه حبس العين على حكم ملك الله والتصدق بمنفعتها في الحال والمآل[(٥)].

ومقتضى تعريفهما هذا لزوم الوقف وعدم جواز الرجوع فيه

---

(١) سورة الصافات: ٢٤.

(٢) سورة الأنعام: ٢٧.

(٣) فتح القدير: ١٩/٦، ١٩١، الدر المختار: ٥١٩/٦، الإسعاف للطرابلسي: ٣.

(٤) الصور الثلاث هي: ١ـ أن يحكم فيه حاكم يقول بلزوم الوقف إذا تنوع فيه. ٢ ـ أن يخرج الواقف وقفه مخرج الوصية كأن يقول: إذا مت فأرضي هذه صدقة فيأخذ حكم الوصية، ويلزم الورثة. ٣ ـ أن يقف أرضه مسجداً بأن يبنيه ويأذن للناس بالصلاة فيه. (راجع بدائع الصنائع للكاساني: ٢١٨/٦).

(٥) فتح القدير: ١٩١/٦. الدر المختار: ٥٢١/٦، ٥٢٢. وخلاصة أحكام الوقف للشيخ علي حسب الله. ص: ٥.

للواقف أو التصرف فيه بأي تصرف ناقل للملكية، وعدم أيلولته لورثته إذا مات لخروج الوقف عن ملكه وصيرورته على ملك الله تعالى. ويوافق الصاحبين في لزوم الوقف وصيرورته على حكم ملك الله تعالى الإمامان الشافعي وأحمد في أحد قولين لهما وهو الأصح[١]. وفي قول لهما ثان يقولان بدخول العين الموقوفة في ملك الموقوف عليهم إلا أن هذا الملك لا يبيح لهم التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية كما أنها لا تورث عنهم إذا ماتوا فملكهم لها ملك غير تام أو ملك صوري[٢].

أما المالكية فيعرفون الوقف بأنه: «جعل منفعة مملوك ولو بأجرة أو غلته لمستحق بصيغته مدة ما يراه المحبس»[٣].

ومن تعريفهم هذا يتضح أن الوقف عندهم لازم كما أنه يكون في العقار الذي له غلة وفي المنافع كالإجارة، وأنه يمكن أن يكون مؤقتاً، وأن ملكية العين تكون للواقف لكنه يمنع من التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية، ولا يجوز للواقف الرجوع في وقفه لأنه ملزم بالتصدق بالمنفعة كل مدة الوقف مؤبدة أو مؤقتة.

وللشافعية والحنابلة قول يوافق المالكية في أن الموقوف يكون على ملك الواقف[٤].

والراجح القول بلزوم الوقف وهذا اتجاه الصاحبين المفتى به في المذهب الحنفي، وهو أيضاً اتجاه المذاهب الثلاثة[٥].

كما أن الراجح ـ فيما أراه ـ في ملكية العين الموقوفة أنها تكون على حكم ملك الله تعالى، وهو رأي الصاحبين والإمامين الشافعي وأحمد في الأصح، لأن بقاءها على ملك الواقف ـ وهو رأي المالكية

---

(١) المغني لابن قدامة: ١٨٦/٨. ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي:. والإقناع للحجاوي: ٢/٣.
(٢) أحكام الوصايا والأوقاف للدكتور محمد مصطفى شلبي: ٣٠٧.
(٣) الشرح الصغير على أقرب المسالك: ٩٧/٤، ٩٨.
(٤) المغني لابن قدامة: ١٨٦/٨.
(٥) أحكام الوصايا والأوقاف للشيخ محمد مصطفى شلبي: ص: ٣١٦.

والمحكي أيضاً عن الإمامين الشافعي وأحمد ـ يحوج إلى قيد هو عدم جواز التصرف للمالك في العين، ومثله القول بأنها تكون على ملك الموقوف عليهم، لأنه هو الآخر يحوج إلى قيد وهو عدم جواز التصرف للمالكين في ملكهم، أما الاتجاه الأول فهو على الأصل ولا يحوج إلى قيد، ولا شك أن ما لا يحتاج إلى قيد أولى مما يحتاج إلى قيد، والله أعلم[١].

قابلية الوقف للاجتهاد:

يعد الوقف من أوسع الأبواب الفقهية التي تقوم على الاجتهاد وذلك لسببين:

أولهما: أن القرآن الكريم لم يذكر شيئاً عن الوقف بخصوصه وعينه، وما استدل به عليه منه إنما يتركز في التوجيه العام الذي بسطته الآيات الكثيرة التي دعت للإنفاق في الخير والبر، وتلك التي حذرت من الشح والبخل، وتلك التي عملت على التنبيه إلى أهمية بذل المال في الدنيا قبل الآخرة، ولذلك فإن أبا طلحة ـ كما أثر ـ لما سمع قول الله تعالى: ﴿لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَۚ﴾[٢]. قال: إن ربنا يسألنا عن أموالنا، فأشهدك يا رسول الله أني جعلت أرضي لله[٣].

كما أن السنة النبوية لم تتعرض لمعظم أحكامه التفصيلية بقدر ما ركزت على أصل مشروعيته، ولذلك كانت أكثر أحكامه اجتهادية[٤].

---

(١) المرجع السابق والصفحة. وبحث «استثمار موارد الأوقاف والأحباس» للأستاذ الدكتور خليفة بابكر الحسن. مجلة المجمع الفقهي. العدد (١٢) جزء (١) ص: ٥٣، ٥٧.

(٢) آل عمران: ٩٢.

(٣) الحديث في صحيح البخاري، باب إذا وقف أو أوصى لأقاربه. حديث رقم: ٢٧٥٢. فتح الباري شرح صحيح البخاري: ٢٨٩/٧. طبعة أبي حيان على نفقة الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم. وانظر: الوقف وأثره في تنمية المجتمع للدكتور محمد بن أحمد بن صالح الصالح. ص: ٤٣، طبعة مكتبة الملك فهد، الطبعة الأولى: ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي: ١٥٨/٨. ط: دار الفكر، ط: أولى. ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

ثانيهما: أن الوقف ليس تعبدياً محضاً لا يعقل معناه، وإنما هو تصرف معقول المعنى ومرتبط بمقاصد الشرع، ومبتغاه تحقيق مصالح الموقوف عليهم، وتحقيق النفع للمحتاجين وللمجتمع في عمومه، وفي هذا المعنى يقول القرافي: ولا يصحح الشرع من الصدقات إلا المشتمل على المصالح الخالصة والراجحة[1]، كما أن الإمام العز بن عبد السلام صنفه في معقولات المعنى[2]، وخاصية معقولية المعنى في الوقف تجعله مرناً قابلاً للاجتهاد والنظر، لأن الاجتهاد دائماً ينبني على ما هو معقول المعنى من الأحكام، أما ما كان تعبدياً محضاً فلا مجال للرأي والاجتهاد فيه.

وقوة قابلية الوقف للاجتهاد نلاحظها أكثر إذا تتبعنا المصادر الاجتهادية التي تم استخدامها فيه والتي قد نصل من خلالها إلى أن الأحكام الاجتهادية الوقفية كثيرة وتتمتع بتغطية كل المصادر الاجتهادية تقريباً، ونبدأ في ذلك بالعرف الذي بدأ استخدامه كمصدر اجتهادي في الوقف منذ بدايات التفريع الفقهي فيه.

فالحنفية أثر عنهم من قديم الزمن أن وقف المنقول لا يجوز إلا إذا كان تبعاً للعقار أو ورد به النص كالسلاح والخيل أو جرى به العرف كوقف الكتب والمصاحف والفأس والقدوم وأدوات الجنازة وثيابها والدنانير والدراهم والمكيل والموزون ووقف السفينة بالمتاع لتعامل الناس به، والتعامل يترك به القياس لخبر ابن مسعود رضي الله عنه: ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، ولأن الثابت بالعرف ثابت بالنص[3].

---

(١) الذخيرة للقرافي: ٣٠٢/٦. ط: دار الغرب الإسلامي. تحقيق الأستاذ سعيد غراب. ط أولى: ١٩٩٤م.

(٢) القواعد الكبرى للعز بن عبد السلام تحقيق نزيه حماد وعثمان ضميرية: ١٣٧/٢. ط: دار القلم ط ثانية ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م. بحث الدكتور عبد الله بن بيه عن « أثر المصلحة في الوقف». ص: ٢١٣. مجلة مجمع الفقه الإسلامي. العدد: ١/١٢.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي: ١٦٣/٨.

وفوق العرف الاستنباطي نجد أن للعرف التفسيري مجالاً في تفسير عبارات الواقفين وشروطهم ودلالات كلامهم[1].

ثم تأتي المصالح المرسلة وهي المصدر الاجتهادي الكبير الذي أسس لمقابلة احتياجات الزمان والمكان في إطار أنه يمثل المصلحة الداخلة في مقاصد الشرع التي لم يشهد لها نص بالاعتبار أو الإلغاء[2].

وبنظرة كلية شاملة نجد أن الأحكام الوقفية التي اعتمد الفقهاء فيها على المصلحة كثيرة، منها:

١ ـ أن الفقهاء بمختلف مذاهبهم جعلوا المعيار لتصرف ناظر الوقف هو تحري مصلحة الوقف حيث أن تصرفه إذا كان في حدود مصلحة الوقف كان جائزاً وإذا خالف تلك المصلحة لم يجز[3]. بل إن مراعاة الناظر للمصلحة في هذا الخصوص مبدأ كلي مقرر في القاعدة الفقهية المعروفة «تصرف الراعي على الرعية منوط بالمصلحة»[4].

ومن بين الفروع التي سلكها الفقهاء فيها: أن ناظر الوقف والقاضي إذا أجرا عقار الوقف بغبن فاحش فإن تصرفهما هذا لا يصح[5].

٢ ـ إن الفقهاء قرروا أن القاضي هو صاحب الإشراف على نظارة الوقف بحكم ولايته العامة أيًّا كانت جهة تعيين أولئك النظار، وعليه فإن الناظر ـ إذا خان ـ فالقاضي بالخيار إما أن يعزله، وإما أن يضم إليه ثقة أميناً حفظاً لمال الوقف ورعاية لحقوق المستحقين لأنه مكلف بالنظر في مصلحة الوقف[6].

---

(١) المرجع السابق: ٨/١٨٠.
(٢) علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف.
(٣) فقه الوقف في الإسلام للدكتور الصديق الضرير:. ص: ٢١.
(٤) القاعدة الخامسة في الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص: ١٢٤. ط: الحلبي تحقيق وتعليق عبد العزيز محمد الوكيل.
(٥) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا. ص: ٣٠٩.
(٦) حاشية ابن عابدين: ٣/٥٣٢، والإنصاف: ٧/١٣.

٣ ـ أن الفقهاء راعوا في معايير شروط الواقف ألا تتعارض مع مصلحة الوقف، ومن ثم قرروا أن الواقف إذا شرط شرطاً فاسداً بطل الشرط وصح الوقف، وعدوا في الشرط الفاسد الشرط الذي لا فائدة فيه، وفي هذا الصدد عد الحنفية سبع مسائل يجوز فيها مخالفة شرط الواقف، ومن بينها: عدم الاستبدال، أو عدم عزل الناظر، وشرط عدم إجارة وقفه أكثر من سنة والناس لا يرغبون في أجرة سنة فقط[١]. وكلها من الشروط التي تتعارض مع مصلحة الوقف، بل وكرسوا في هذا الاتجاه قاعدة فقهية هي: «كل شرط كان مخالفاً لنصوص الشرع أو كان فيه تفويت لمصلحة الوقف أو المستحقين فهو شرط باطل»[٢].

٤ ـ رغم تشدد الفقهاء في استبدال الوقف إذا كان عقاراً، وبخاصة المالكية والشافعية، فإننا نجد من المتأخرين من المالكية من أجازه، ومن ثم جرى العمل به عملاً بالمصلحة، وفي هذا الصدد عزي لبعضهم قوله: يباع ويعوض بثمنه ما هو أغبط للمحبس. قلت: وبهذه الفتوى جرى العمل[٣]. وقد روي هذا القول أيضاً عن ربيعة بن أبي عبد الرحمٰن شيخ الإمام مالك في زمن سابق، وقد اشترطوا في ذلك خراب العقار وأن لا يكون في غلته ما يفي بإصلاحه، وفقد من يصلحه تطوعاً مع اليأس من أن يرجع إلى حالته الأولى. كما أنه نقل في المعيار عن عبد الله العبدوسي جريان العمل بالمعاوضة في الحبس بالشروط السالفة[٤]، وجاء عن صاحب العمل المطلق أن العقار إذا خرب وصار لا ينتفع به الانتفاع التام أنه يباع كما ذكروا جواز بيعه إذا خيف على الموقوف عليه الهلاك بالجوع أفتى به القاضي أبو الحسن علي بن محمود ونقله ابن رحال عن اللخمي وعبد الحميد[٥].

٥ ـ من أوجه استخدام المصلحة في باب الوقف إجازة بعض

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته: ١٨١/٨.
(٢) حاشية ابن عابدين: ٣٤٤/٤.
(٣) بحث «أثر المصلحة في الوقف». د. عبد الله بن بيه. ص: ٢٢٦.
(٤) المرجع السابق: ص: ٢٢٥.
(٥) المرجع السابق.

الفقهاء لاستعمال فائض الوقف في غيره من أوجه البر إذا لاحت مصلحة في ذلك. وبذلك أفتى أبو عبد الله القوري بل أسند هذه الفتوى لابن القاسم وهو قول عبد الملك بن الماجشون وأصبغ وبه أفتى ابن رشد أيضاً[(١)]. وفي ذلك قالوا: ما كان لله فلا بأس أن يوضع بعضه في بعض[(٢)]. وبذلك أفتى ابن تيمية أيضاً إذا لم يكن للواقف شرط فالزائد يصرف في المصالح التي هي نظير مصالحه وما يشبهها[(٣)]. على أن العبدوسي من فقهاء المالكية شرط أن يكون ذلك على وجه المسالفة وأن يكون المسلف غنياً لا يحتاج إلى ما أسلف منه لا حالاً ولا مستقبلاً[(٤)].

٦ ـ من أوجه استخدام المصلحة في الوقف تقديم ذوي الحاجة والفاقة على ذوي القربى وعدم اتباع شرط الواقف في ذلك. نقل في الموازية عن ابن القاسم بحثاً بين فيه إيثار ذوي الحاجة والفاقة على غيرهم ولو أن الحبس على ذوي القربى[(٥)].

٧ ـ ومنه جواز تغيير بعض أماكن المرافق الوقفية إذا دعت المصلحة إلى ذلك كتغيير الميضئة إلى غرفة أو تغيير بعض الخلاوي لتكون لسكنى الطلبة[(٦)].

٨ ـ ومن صور مراعاة المصلحة ما أفتى به أبو الحسن القابسي من جواز إخراج الكتب الموقوفة على مسجد معين إلى من يريدون قراءتها ثم يقرأونها أو ينسخونها ويعيدونها، وعلل ذلك بأن الغرض من وضعها في مكان معين هو تعريفها بذلك المكان وفائدة من يصلح للنظر فيها فيه

---

(١) المعيار للونشريسي: ١٨٧/٧.
(٢) المرجع السابق: ١٤٦/٧، ١٤٧.
(٣) المرجع السابق. فتاوى ابن تيمية: ٣١/١٨.
(٤) المعيار للونشريسي: ٤٥/٧، وبحث «أثر المصلحة في الوقف» للدكتور عبد الله بن بيه ص: ٢٣١. مجلة المجمع: ١/١٢.
(٥) المنتقى للباجي: ١٢٦/٦. وبحث «أثر المصلحة في الوقف» للدكتور عبد الله بن بيه ص: ٢٣٦.
(٦) مواهب الجليل شرح مختصر الشيخ خليل للحطاب: ٣٦/٦.

فإذا انتفع بها في غير ذلك الموضع في حيطة حتى ترد فلا بأس[1]. وأفتى بمثل ذلك فيما إذا شرط الواقف أن لا تعطى الكتب إلا كتاباً كتاباً واحتاج الطالب إلى كتب حال أن تلك الكتب ليست نوعاً واحداً وإنما أنواع شتى أفتى بأن الطالب إذا كان مأموناً يمكّن من عدة كتب مراعاة لقصد الواقف وهو الانتفاع بهذه الكتب. ومثله إخراج الكتب من المدرسة مع اشتراط الواقف عدم الخروج بها فقد جرت العادة بخروجها بحضرة المدرسين ورضاهم لهم ولغيرهم[2].

وكما استخدم دليل المصالح المرسلة وهو دليل اجتهادي كثيراً في باب الوقف فقد كان للمصدر الذي يقرب منه وهو الاستحسان مجال في ذلك.

ومن صور الاستحسان في الوقف:

١ ـ دخول حقوق الارتفاق في الوقف وإن لم ينص على وقفها صراحة. جاء في الإسعاف: فلو قال: أرضي هذه موقوفة ولم يزد تصير وقفاً ويدخل ما فيها من الشجر والبناء دون الزرع والثمرة كما البيع، ويدخل فيه أيضاً الشرب والطريق استحساناً[3]، ولعل هذا الفرع من الفروع المعروفة المتداولة في باب الاستحسان عند الأصوليين، ويدخل عندهم في الاستحسان بتقديم القياس الخفي على الجلي[4].

٢ ـ جواز وقف ما جرى فيه التعارف كالمصاحف والكتب والفأس والقدوم والمنشار والقدر والخبازة لوجود التعارف في هذه الأشياء وبه ترك القياس[5]. وقد تقدم ذكر هذا الفرع أيضاً في إطار الحديث عن جريان العرف في الوقف، وورده هنا لأنه من باب الاستحسان بالعرف

---

(١) المعيار: ٣٧/٧.

(٢) المعيار: ٣٤/٧. وبحث «أثر المصلحة في الوقف» للدكتور عبد الله بن بية ص: ٢٣٦.

(٣) الإسعاف: ١٩.

(٤) علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب.

(٥) الإسعاف: ٢٤، وبدائع الصنائع للكاساني.

ذلك أن الاستحسان يكون بالنص وبالإجماع والعرف والمصلحة، مع مراعاة تفاصيل الأصوليين لذلك بين الحنفية والمالكية خاصة[1].

٣ ـ حمل بعض الفقهاء قول الواقف ـ فيما لو قال: مالي في المساكين صدقة ـ على التصدق بكل مال تجب فيه الزكاة استحساناً. والقياس أن يتصدق بالكل لأن اسم المال ينطلق على الكل[2].

وكما استخدم العرف والمصلحة والاستحسان في باب الوقف، فقد استخدم القياس وهو رأس مصادر الرأي والاجتهاد في:

١ ـ أحكام وقف المريض قياساً على تبرع المريض ووصيته. وفي هذا الصدد روى الطحاوي عن الإمام أبي حنيفة أنه أجاز وقف المريض، ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة الوصية[3] كما أن الفقهاء يقررون في هذا الصدد أن حكم الواقع في المرض كله حكم الوصية[4].

٢ ـ تقرير صلاحيات ناظر الوقف وأحكام ضمانه وعزله قياساً على أحكام صلاحيات الوكيل والوصي، وفي ذلك قالوا: الوصية أخت الوقف[5] وأن باب الوقف والوصية واحد[6]. جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم: «الناظر وكيل الواقف عند أبي يوسف، ووكيل الفقراء عند محمد. فينعزل بموت الواقف عند أبي يوسف وله عزله، ويبطل ما شرطه له بموته خلافاً لمحمد في كل ذلك[7].

---

(١) راجع: الاستحسان في الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين. د. خليفة بابكر الحسن. ص: ١٢ ـ ٢١.
(٢) بدائع الصنائع: ٦/٢٢١.
(٣) الدر المختار، ورد المحتار: ص: ٨.
(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٧/٢٦، شرح زروق على الرسالة: ٢/٣١٥. طبعة المطبعة الجمالية بمصر ١٣٣٠هـ.
(٥) حاشية ابن عابدين: ٦/٦٨٦. وكشاف القناع: ٤/٢٨٢. وديون الوقف بحث للدكتور ناصر بن عبد الله الميمان ص: ٧٥. مجموعة بحوث منتدى قضايا الوقف الأول. أكتوبر ٢٠٠٣ م. الكويت.
(٦) الفروع: ٣/١٩٦. والمبدع: ٥/٣٤٠.
(٧) الأشباه والنظائر: ص: ١٩٨.

وفيما وراء ذلك فإن الاجتهاد في باب الوقف للاحتياج الشديد إليه فقد اتسع وتعدى المصادر الاجتهادية المباشرة إلى تخريج أحكامه على القواعد والكليات الفقهية كقولهم: إن القاضي لا يملك التصرف في الوقف مع وجود الناظر إعمالاً للقاعدة الفقهية المشهورة: «إن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة»(١).

ومثل خضوع ما يشترطه الواقف للكلية الفقهية: «كل شرط وافق مقتضى العقد ولم ينافه فإنه شرط صحيح»(٢).

وحتى في الفتوى يفتى في الوقف بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه، نظراً للوقف وصيانة لحق الله تعالى وإبقاء للخيرات(٣).

وإذا كان الوقف قد قبل بل وتطلب الأحكام الاجتهادية وفق الصورة السابقة، فهو من باب أولى يتطلب ويتقبل الاجتهاد لتخير الآراء المناسبة عند اختلاف الفقهاء في مسائله الفقهية، وهو ضرب من الاجتهاد، ويتوجه ذلك من أننا إذا استصحبنا الأحكام الفقهية الاجتهادية للوقف، وهي كثيرة ـ كما سلف بسطه ـ فإنه لا بد أن يصحبها اختلاف، لأنها مبنية على الأعراف وهي مختلفة أحياناً وعلى المصالح وهي متباينة أحياناً أخرى من جهة التوسع فيها أو الإقلال منها فإذا أضفنا إلى ذلك أن هذه الاختلافات في الآراء الاجتهادية لم يسلم منها حتى المذهب الواحد في البلد الواحد فضلاً عن المذاهب الفقهية فيما بينها فإن ذلك يلزم بالتخير من هذه الآراء وبخاصة في الأحوال التي يتحتم فيها التشريع المكتوب وتقنين الوقف في مدونة جاهزة ومتفق على أحكامها، وقد حدث هذا بالفعل فإن الدول الإسلامية حين عمدت لتقنين الوقف قادها ذلك إلى التخير من آراء الفقهاء المختلفة حتى ولو

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: ٢٣. والمبدع: ٤/٣٧٣ ٣٨٣. والأشباه والنظائر للسيوطي: ١٥٤.

(٢) الإنصاف: ٥/١٦٧. وكشاف القناع: ٣/٣٤٩.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٤/٣٨٦.

كان ذلك من مذهب آخر غير المذهب المعمول به في بلد التقنين. ومن الأمثلة التي نجدها في هذا الصدد أن قانون الوقف المصري لسنة ١٩٤٨ قد أخذ بالرأي القائل بعدم اشتراط القبول للاستحقاق في الوقف أخذاً برأي الحنفية، رغم أن المالكية والشافعية وبعض الحنابلة يعتبرون القبول ركناً إذا كان الوقف على معين[١]. كما أجاز نفس القانون وقف المنقول مطلقاً أخذاً برأي الجمهور في حين أن الحنفية لا يجيزون وقفه إلا في حالات خاصة. وقضى بعدم جواز وقف الحصة الشائعة في عقار غير قابل للقسمة أخذاً برأي المالكية، وإن كان قد أحاط ذلك ببعض الشروط. كما أخذ بجواز الرجوع في وقف غير المسجد وهو مأخوذ من قول الإمام أبي حنيفة الذي يرى عدم لزوم الوقف، أما الأئمة الثلاثة فإنهم يقولون بعدم جواز الرجوع عملاً بمبدئهم في لزوم الوقف، وأخذ بمذهب الحنفية وقول بعض المالكية في وقف غير المسلم، وأخذ برأي الجمهور غير المالكية في تأبيد الوقف في المسجد، وأخذ برأي المالكية في تأقيت الوقف في الوقف على غير المساجد كالمشافي والملاجئ والمدارس والفقراء توسعة في عمل الخير[٢] وغير ذلك كثير يجده من يتابع قوانين البلاد الإسلامية في الوقف لا القانون المصري وحده.

وفي كل الأحوال فإن الاجتهاد في فقه الوقف يمثل باباً واسعاً استوعب قضايا كثيرة في باب الوقف من قديم الزمن سواء كان ذلك في الموقوف نفسه كجواز وقف النقود أو كان في الشروط المتصلة به وتجديدها كالشروط التوثيقية العشرة أو في ظهور بعض أنواع الإجارات حال استثماره كحق الحكر[٣] وحق

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته وهبة الزحيلي: ١٦٠/٨.

(٢) المرجع السابق: ١٦٣/٨.

(٣) الحكر عقد يتم بمقتضاه إجارة أرض الوقف للمحتكر مدة طويلة وإعطاؤه حق القرار فيها ليبني أو يغرس مع إعطائه حق الاستمرار فيها ما دام يدفع أجرة المثل. وهو تدبير اهتدى إليه الفقهاء لمعالجة مشكلة عقارات الوقف التي لم تستطع إدارة الوقف تعميرها. استثمار الوقف وطرقه القديمة والحديثة للدكتور علي محيي الدين القرة داغي ص: ٤٧٩. الدورة الثالثة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي. مجلة المجمع: ٢١/١٣.

الإجارتين[1] والمرصد[2] وحق الكدك[3]. وغير ذلك كثير.

وأخيراً فلعل هذه الإلمامة بمرونة الوقف وقابليته للاجتهاد تعتبر أوفق مدخل للحديث عن حكم وقف الأسهم والصكوك، وهي مدار الحديث، وموضوع الدراسة.

***

(١) حق الإجارتين هو عقد إجارة مديد بإذن القاضي على عقار الوقف الذي عجزت إدارة الوقف عن إصلاحه ولم يوجد من يستأجره بأجرة واحدة كالمعتاد فيؤجر بأجرة معجلة تقارب تسميته ليعمر بها، وإجارة مؤجلة قليلة سنوية يتجدد العقد عليها وتدفع كل سنة. وهو نمط استثماري اجتهادي استخدمته الدولة العثمانية في القرن الحادي عشر الهجري عند خراب الأوقاف إثر انتشار حريق كبير في مدن الأناضول. استثمار الأوقاف في الفقه الإسلامي للدكتورين: محمود الدليل ومحمد سلطان العلماء. مجلة مجمع الفقه الإسلامي. دورة ١٣، جزء ٢ ص: ٣٣.

(٢) هو ما ينفقه المستأجر على عمارة الوقف حينما يتخرب ويحتاج للإصلاح، ولا يتمكن متوليه من إجارته إجارة طويلة يأخذ منها معجلاً ينفقه على تعميره مع عدم وجود غلة سابقة يمكن إصلاحه بها، ووجد من يستأجره ويصلحه بحيث يكون الإصلاح ديناً مرصداً على الوقف. حاشية ابن عابدين: ٥٦٠/٦. وبحث استثمار مواد الأوقاف للباحث: ص: ٢٣.

(٣) الكدك: كلمة تركية الأصل تطلق على المنشآت التي تلحق عقارات الوقف على سبيل القرار والدوام بناء على أن العمل فيها قد اقتضاها كالمصاطب والرفوف ونحوها وذلك بإذن المتولي، وقد أقر الفقهاء بحق القرار لصاحب الكدك ما دام أنه يدفع للوقف أجرة المثل، لأن في إخراجه ضرراً يلحقه بما صرف عليها، ولا ضرر على الوقف من بقائه. بحث الدكتور محمود أبو ليل: ص: ٣٣.

المبحث الأول

وقف الأسهم والصكوك

أولاً: حقيقة الأسهم والصكوك

الأسهم في اللغة: جمع سهم، ومعانيه في اللغة كثيرة تبدأ من المعنى الحسي له وهو العود الذي في طرفه نصل يرمى به عن القوس وتمتد إلى الحظ والنصيب[1].

أما في اصطلاح الاقتصاديين فقد يطلق على الصك أو الوثيقة، وقد يطلق على النصيب، فبالاعتبار الأول قالوا: السهم هو صك يمثل جزءاً من رأس مال الشركة يزيد وينقص حسب رواجها، وبالاعتبار الثاني قالوا: السهم هو نصيب المساهم في شركة من شركات الأموال[2].

والتعريف الثاني ـ وهو النصيب ـ أولى وأقرب إلى المعنى اللغوي، لأن السهم في حقيقته ما هو إلا نصيب، أما «الصك» فممثل لذلك النصيب، وعلى هذا فإن الإطلاق أو التعريف الأول إطلاق مجازي، وقد أحسن في هذا الصدد من جمع بين الإطلاقين وبالتالي عرَّف السهم في الاصطلاح المالي بأنه حصة شائعة في الشركة المساهمة وما يترتب لها أو عليها من حقوق يمثلها صك قابل للتداول، وتمثل الأسهم في مجموعها رأس مال الشركة وتكون متساوية القيمة[3].

ولعله من المناسب هنا، وتفادياً للتداخل الذي يحدث بين السهم والصك والسند، أن نعرف بكل واحد منها أيضاً في اللغة والاصطلاح ثم نقارن بينها جميعاً.

---

(١) القاموس المحيط. ولسان العرب. والمعجم الوسيط: مادة «سهم».

(٢) الشركات التجارية علي حسن ص: ٥٣٩. ط: الاعتماد. القاهرة.

(٣) «الاستثمار في الأسهم» بحث للدكتور علي محيي الدين القرة داغي. ص: ٦١. مجلة المجمع: ٢/٩.

الصك في اللغة: الضرب الشديد أو الدفع بقوة، وقيل: الضرب عامة، ويطلق أيضاً على الإغلاق يقال: صك الباب بمعنى أغلقه، وعلى الاضطراب ومنه: اصطكت ركبتاه إذا اضطربتا.

وفي الاصطلاح العام: هو الكتاب الذي تكتب فيه المعاملات والأقارير ووقائع الدعاوى[(١)]، ومن هذا المعنى انبثق التصكيك في المصطلح المعاصر، وهو تقسيم ملكية الموجودات من الأعيان والمنافع أو هما معاً إلى وحدات متساوية القيمة وإصدار صكوك بقيمتها، وعلى هذا عرفت الصكوك بأنها «صكوك ذات قيمة متساوية تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو موجودات في مشروع معين أو نشاط استثماري خاص مثل صكوك الإجارة، وصكوك المشاركة، وصكوك المضاربة أو المقارضة»[(٢)].

وبالمقارنة بين المفهوم المالي للأسهم والصكوك يتضح ما يلي:

١ ـ أن كليهما يمثل حصة شائعة غير أن تلك الحصة الشائعة المعبر عنها بالسهم تكون في شركة مساهمة وتحكمها قوانين تلك الشركة، أما الحصة الشائعة المعبر عنها بالصك فتكون في مشروع معين أو نشاط استثماري خاص، وتحكمها طبيعة وقوانين ذلك المشروع المعين أو النشاط الاستثماري.

٢ ـ أن قوة الصك دون قوة السهم من حيث أن المساهم شريك وليس كذلك صاحب الصك.

٣ ـ أن النشاط المعين أو الاستثماري الذي تعبر عنه الصكوك يجري في غالب الأحوال في إطار شركات، أما النشاط المعبر عنه بالأسهم فيأتي في إطار شركات أو بنوك فهو أعم وأوسع[(٣)].

---

(١) موسوعة الفقه الإسلامي الكويتية: ٤٦/٢٧.

(٢) «وقف النقود والأوراق المالية» للأستاذ الدكتور عبد الله بن موسى العمار. ص: ٧٣، ٧٤. بحوث الملتقى الأول للوقف بالكويت.

(٣) «وقف النقود والأوراق المالية» للأستاذ الدكتور عبد الله العمار. ص: ٧٤.

وفيما عدا ذلك فإن إطلاق الصك على السهم ما هو إلا إطلاق مجازي كما مر بيانه، لأن مضمون كل واحد منهما مختلف عن الآخر من الناحيتين الاقتصادية والقانونية.

أما المقارنة بين الصكوك والسندات فتأتي من جهة أن السند في اللغة كل ما يستند عليه من حائط أو غيره[1].

وفي الاصطلاح المالي: هو الأوراق التي تنشأ ممثلة لمديونية محضة، أو هي صكوك ذات قيمة متساوية تمثل قرضاً في ذمة مصدرها يستحق الوفاء في تاريخ محدد مع استحقاق مالكها فائدة سنوية محددة[2].

ومن هذا التعريف والتعريف الذي سبق للصكوك يتضح الفرق بينهما، المتمثل في الأمرين التاليين:

١ ـ أن الصكوك تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو هما معاً، أما السندات فتمثل ديناً لأصحاب السندات على الشركات أو الحكومات المصدرة لتلك السندات.

٢ ـ أن عائدات الصكوك أرباح، أما عائدات السندات فهي فوائد محددة.

وفيما عدا ذلك فإن الصكوك والسندات تشتركان في أن كلاً منهما يستوفى في الوقت المحدد له، وأن صاحبهما ليس له حق في الملكية وما يترتب عليها من آثار قانونية كالتصويت والاشتراك في مجالس الإدارات، وبهذا العنصر تفترقان عن الأسهم.

وبعد هذه المقارنة بين الأسهم والصكوك والسندات يمضي الحديث في بيان أقسام الأسهم والصكوك مستثنياً في ذلك السندات، لأن عائدها فوائد محددة بنص القانون في المفهوم المالي.

---

(١) لسان العرب، والمعجم الوسيط. مادة «سند»، والموسوعة الفقهية: ٢٦٢/٢٥.

(٢) «الاستثمار في الأسهم والوحدات الاستثمارية» د. منذر قحف. ص: ٢٧ وما بعدها. مجلة المجمع: ٢/٩.

وفي هذا الصدد نجد أن الأسهم تنقسم إلى أقسام مختلفة، فهي من جهة الشكل الذي تظهر به تنقسم إلى:

١ - السهم الاسمي: وهو ما يحمل اسم صاحبه حسب دفاتر الشركة والبيانات الأخرى المتصلة به.

٢ - السهم لحامله: وهو الذي لا يحمل اسم صاحبه وإنما يكون لحامله، وتكون ملكيته بحيازته.

٣ - السهم الإذني أو للأمر: وهو ما يسبق اسم صاحبه بعبارة «لإذن» أو «لأمر» وتنتقل ملكيته بتظهيره.

ومن جهة الحقوق التي تثبت وتخول لمالكها تنقسم إلى:

١ - السهم الممتاز: وهو السهم الذي يختص ببعض المزايا كالأولوية في الأرباح، والأولوية في التصفية، وأحياناً قد يمتاز بزيادة الأصوات.

٢ - السهم العادي: وهو ما ليس له امتياز وعادة ما يوزع عليه ربحه مما يبقى بعد أرباح الأسهم الممتازة.

٣ - سهم التمتع: وهو الصك الذي يستلمه المساهم عند استهلاك قيمة سهمه، ويتأخر حق صاحبه في الربح عند التصفية عن أصحاب الأسهم غير المستهلكة.

ومن جهة الاستثمار فيها تنقسم إلى:

١- سهم الصناديق المغلقة للاستثمار في الأسهم والسندات، والسهم فيها يكون في شركة تعمل في إنتاج السلع والخدمات كشركات السيارات، والكهرباء، والنقل، والتأمين... إلخ.

٢ - أسهم الصناديق المفتوحة للاستثمار في الأسهم والسندات وهي تختلف عن الصناديق المغلقة من جهة أن رأس مالها مفتوح وغير محدد سلفاً، ولهذا فإن صندوق الاستثمار المفتوح يقبل دخول وخروج المساهمين في كل وقت.

ويدخل في هذا القسم صناديق الاستثمار المتخصصة، وصكوك العقارات المؤجرة[1]، وغير ذلك مما لا داعي للتعرض إليه هنا لأن الحديث فيما يتصل بالوقف سوف يقتصر على الأسهم والصكوك المباح التعامل فيها، وإنما جاء ذلك للدخول للحكم، إذ أن بعض الأقسام في الأسهم التجارية قد يطالها التحريم كما سوف نرى.

وعندما نأتي للحديث عن حكم التعامل بالأسهم نجد القرارات الآتية:

١ ـ قرار رقم (١٠) دورة مجمع الفقه الإسلامي الثانية عام: ١٤٠٦هـ. وقراره رقم (١) دورة المؤتمر الثالث عام: ١٤٠٧هـ. وفيهما نص على أن الزيادة أو الفائدة مقابل تأجيل دين حل أجله، أو على القرض منذ بدايته ربا محرم[2].

٢ ـ قرار المجمع بشأن جواز أسهم المقارضة بشروطها الشرعية الواردة في القرار المشار إليه، قرار رقم: (٥) دورة المؤتمر الرابع عام: ١٤٠٨هـ[3]. ومن ضمن شروط الإجازة تحريم السندات الملتزم فيها بدفع فائدة أو نفع مشروط، والسندات ذات الكوبون الصفري، والسندات ذات الجوائز[4]. مع الدعوة إلى تأسيس الشركات المساهمة ذات الأغراض والأنشطة المشروعة، وتحريم الإسهام في شركات غرضها الأساسي محرم، وإجازة الأسهم للحامل وتداولها مع منع الأسهم الممتازة لما تؤدي إليه من ضمان رأس المال أو ضمان قدر من الربح أو تقديمها عند

---

(١) «الاستثمار في الأسهم والسندات والوحدات في الصناديق الاستثمارية» للدكتور منذر قحف ص: ٢٦. مجلة المجمع العدد (٩) جزء (٢).

(٢) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدورات: ١ ـ ١٤ ص: ٦١. والاستثمار في الأسهم والسندات للدكتور منذر قحف ص: ٣٥. مجلة المجمع العدد (٩) جزء (٢).

(٣) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدورات: ١ ـ ١٤ ص: ١٢٠.

(٤) القرار رقم (٦٠، ٦/١١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدورات: ١ ـ ١٤ ص: ١٩٩، ٢٠٠.

التصفية أو عند توزيع الأرباح مع إجازة إعطاء بعض الأسهم خصائص تتعلق بالأمور الإجرائية أو الإدارية، إجازة بيع السهم أو رهنه بشروطه، عدم جواز عقود الاختيارات لأن المعقود عليه فيها ليس مالاً، ولا منفعةً، ولا حقاً مالياً يجوز الاعتياض عنه، عدم جواز خصم الأوراق التجارية لأيلولته إلى ربا النسيئة المحرم[1].

٣ ـ فتاوى ندوة البركة فيما يتصل بالموضوعات السابقة، وكذلك فتاوى المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر وغيرها كثير[2].

٤ ـ وقد ترتب على إجازة المجمع للأسهم والصكوك بعد تحريرها من النمط الرأسمالي ومنع ما لا يتفق مع الشريعة الإسلامية منها كما تقدم عرضه أن بحث موضوع زكاة الأسهم بحثاً مستفيضاً، وانتهى إلى وجوب زكاتها وفق الحيثيات والتفصيلات التي تضمنها القرار رقم (٢٨، ٤/٣) في دورة المجمع الرابعة بجدة بالمملكة العربية السعودية سنة: ١٤٠٨هـ الموافق: ١٩٨٨م[3].

وبناءً على ذلك كله فسوف تدور هذه الدراسة في إطار الأسهم والصكوك التي نصت قرارت المجمع على إجازتها، وغني عن البيان أن السندات لا محل لها في الحديث لما يترتب عليها من فائدة مشروطة نصت قرارات المجمع على تحريمها ـ كما سبق بيانه ـ والله ولي التوفيق.

❊ ❊ ❊

(١) القرار رقم (٦٣، ٧/١) قرارات وتوصيات المجمع ص: ٢١١ وما بعدها، والاستثمار في الأسهم والسندات للدكتور منذر قحف ص: ٣٥. مجلة المجمع العدد (٩) جزء (٢).
(٢) راجع الفتاوى المشار إليها في بحث الدكتور منذر قحف السابق الإشارة إليه. ص: ٣٥، ٣٦. مجلة المجمع العدد (٩) جزء (٢)
(٣) قرارات وتوصيات المجمع. الدورات: ١ ـ ١٤. ص: ١١٣.

ثانياً: وقف الأسهم

تعقيباً على تعريف السهم بأنه نصيب المساهم في شركة من شركات الأموال، وأن الأسهم يجوز تداولها بيعاً وشراءً، وأنها تورث بنص القوانين وقرارات المجمع المنظمة لذلك[1]. فإن هذا يعتبر مدخلاً مناسباً للحديث عن حكم وقفها، لأن الوقف ـ كما تقدم ـ ما هو إلا تصرف في الأموال بحبس أصلها وتسبيل منفعتها[2]، على أن المقام يلزمنا ونحن بصدد الحديث عن وقف الأسهم أن نستصحب خاصيتين أساسيتين للوقف.

الأولى: أن الوقف يدخل في زمرة عقود التبرعات وهي العقود التي تقوم على المنحة والمعونة من أحد الطرفين، للآخر كالهبة والإعارة والوقف، وتقابلها المعاوضات وهي تقوم على التقابل بأن يأخذ كل واحد من الطرفين شيئاً ويعطي مقابله شيئاً، وذلك كالبيع والإجارة والصلح عن مال بمال[3].

ويترتب على هذا التمييز آثار منها أن المعاوضات لا تقبل التعليق ولا الإضافة مطلقاً، أما الوقف ومثله الوصية فتقبلان التعليق على الموت[4]، وأن المعاوضات لا تغتفر فيها الجهالة والغرر إلا إذا كان الغرر يسيراً، أما التبرعات ومن بينها الوقف فيغتفر فيها الجهالة والغرر عند المالكية لأنها إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال وإن كان الإمام الشافعي يمنع الجهالة فيها أيضاً[5].

الثانية: أن الوقف انطلاقاً من أنه تصرف ذو طبيعة خاصة فله ترتيباً

(١) قرار المجمع: ٦٣ (٧/١) بشأن الأسواق المالية.
(٢) راجع: ص:. من هذا البحث.
(٣) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقا: ٥١٣/١، ٥٧٨.
(٤) المرجع السابق: ٥١٣/١.
(٥) الفروق للقرافي: الفرق الرابع والعشرون: ١٥٠/١، ١٥١.

على ذلك مكوناته الخاصة التي تنسجم مع طبيعته، وتستجيب لمقاصده، وتحقق أغراضه فلا بد إذن والحال كذلك من أن نتعرف على تلك المكونات، ومن ثم ننظر في مدى تحققها عند إجراء الوقف على الأسهم.

ومكونات الوقف هي: ركنه[1] وهو الصيغة عند الحنفية[2] التي تتمثل في الألفاظ الدالة عليه، ومن البداهة أن نشير إلى أنه لا مدخل للصيغة في وقف الأسهم من حيث إجازته وعدم إجازته من الناحية الموضوعية، لأن الأسهم موقوفة، والصيغة تصدر عن الواقف معبرة عن إرادته في وقف الأسهم التي يملكها، اللَّهم إلا أن يكون ذلك في حدود أن يقول الواقف: جعلت أسهمي التي أملكها في شركة كذا وقفاً على جهة كذا، وهذا أمر بدهي متى تم الوصول إلى صلاحية الأسهم للوقف من الناحية الشرعية وهو محل البحث.

أما عند جمهور الفقهاء فيتمثل ركن الوقف ـ بالإضافة إلى الصيغة ـ في الواقف، والموقوف، والموقوف عليه[3]، ولكل ركن من هذه الأركان شروط خاصة به تكمله، ومتى تكاملت تلك الشروط في الأركان المشار إليها انعقد الوقف صحيحاً، غير أن هذه الأركان بشروطها قد لا تهمنا كلها إلا بالقدر الذي يتطلبه البحث في بعض الأحوال.

ولهذا فسوف يتركز الحديث على الموقوف من الأركان، وهو النوع الذي يندرج تحته وقف الأسهم.

فما الموقوف؟ وما شروطه؟ وما مدى تحققها في الأسهم؟

الموقوف اسم مفعول من «وقف» التي مصدرها «الوقف»، ويعني ما يقع عليه الوقف، ويطلق عليه بعض الفقهاء «عين الوقف»[4]، وعند

(١) الركن ما كان داخلاً في الشيء أو جزئه الذي يتألف منه، والشرط ما كان خارجاً عن حقيقة الشيء، متقدماً عليه، مستمراً فيه. شرح الكوكب المنير: ٤/١٢.
(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي: ٨/١٥٩.
(٣) الفقه الإسلامي وأدلته: ٨/١٥٩.
(٤) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي: ٦/٢٤٠. ط: دار إحياء التراث العربي.

بعضهم «محله»[1]، كما أن كلمة الوقف نفسها تطلق عليه من باب إطلاق المصدر وإرادة اسم المفعول، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك.

وتتمثل فكرة الشروط التي يشترطها الفقهاء في جملتهم في الموقوف في:

١ ـ المالية. ٢ ـ المعلومية. ٣ ـ الملكية للواقف.

هذا وإن اشترك جميع الفقهاء في الفكرة المشار إليها في الموقوف إلا أنهم قد يختلفون من حيث إضافة بعضها إليها أو الوقوف ببعضها عند نوع واحد دون غيره، كما أنهم يختلفون في تعبيراتهم وصيغهم لهذه الشروط.

وفي كل الأحوال فسوف نعرض لهذه الشروط وفق الاتفاق عليها ومن ثم نخرج وقف الأسهم عليها بالإضافة إلى ذكر الشروط التي انفرد بها بعض الفقهاء مع تخريج حكم وقف الأسهم عليها أيضاً، وفضلاً عن ذلك فسوف نبين حكم وقف الأسهم في إطار الشروط مجتمعة وفي إطار القواعد العامة للشريعة الإسلامية إن شاء الله.

والشروط التي اتفق الفقهاء عليها في الموقوف هي:

أ ـ أن يكون مالاً متقوماً. والمال في اللغة: ما ملك من جميع الأشياء[2]، وفي الاصطلاح: يعرفه الحنفية بأنه ما أحرز وأمكن الانتفاع به عادة[3]. على أن الجمهور يعرفونه بأنه ما له قيمة مالية تلزم متلفه[4]، وبالمقارنة بين التعريفين تتضح عمومية تعريف الجمهور الذي يجعل معيار المالية هو القيمة، ولهذا كانت المنافع والحقوق أموالاً عندهم، أما الحنفية فإن معيار المالية عندهم هو الإحراز، وعليه فالذي لا يحرز لا يكون مالاً عندهم كالمنافع والحقوق.

---

(١) البحر الرائق في شرح كنز الدقائق: ٢٣٤/٥. جامع الفقه. والفقه الإسلامي وأدلته للكتور وهبة الزحيلي: ١٦٠/٨.

(٢) لسان العرب: مادة «مول».

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي: ٤٠/٨.

(٤) المرجع السابق: ٤٢/٨.

وفي كل الأحوال فإن طبيعة هذا الشرط تقضي بأن غير المحرز لا يمكن وقفه كالطير في الهواء والسمك في الماء، لأنه ليس ثمة سيطرة عليه، وبالتالي لا تتوفر فيه حرمة أو قيمة مالية تبرر وقفه كما أن المحرمات لا يصح وقفها كالخمر، والخنزير لعدم الانتفاع بها في حال السعة والاختيار، ولأن الوقف قربة إلى الله، والتقرب إلى الله لا يكون بالمعصية لأن الله طيب لا يقبل إلا طيباً[١] و﴿إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلتَّوَّٰبِينَ وَيُحِبُّ ٱلْمُتَطَهِّرِينَ﴾[٢].

ولا يصح وقف المنافع والحقوق المالية مثل: حقوق الارتفاق حق الطريق والمسيل... إلخ. وحدها منفصلة عن أعيانها عند الحنفية لأنها ليست بمال عندهم كما تقدم. أما إذا كانت تابعة للعقار الذي يحصرون المالية فيه في باب الوقف فيصح وقفها تبعاً لأصولها كالشجر والبناء المتصل بالأرض الموقوفة، ويوافقهم في ذلك الشافعية والحنابلة الذين لا يجيزون وقف المنافع مستقلة[٣]. أما المالكية فيجيزون وقف المنافع والدراهم والدنانير بل والطعام كما جاء في المدونة من إجازة وقف الحنطة للسلف، والمعيار طول مدتها مع إمكان رد بدلها[٤] وغير ذلك مما يتم تناوله في موضعه من هذا البحث.

وبعد بيان المراد بهذا الشرط وبيان ما يترتب عليه من حكم الوقف في إطار مفهوم الفقهاء للمالية واختلافهم فيها وأثر ذلك على مفرداته نأتي لتطبيق هذا الشرط على الأسهم فنجد أن الأسهم تتمتع بالمالية لأنها تدخل في عداد الأوراق المالية التي نشأت بعد الأوراق النقدية، ولئن كانت الأوراق النقدية معبرة عن القيمة المادية الكلية فإن وظيفة الأسهم هي تمثيل الموجودات النقدية والحقوق المالية بأصول مالية هي عبارة عن الأوراق والوثائق المثبت عليها أنها تمثل حصة شائعة من رأس المال

(١) صحيح مسلم: ٧٠٣/٢. ط: دار إحياء التراث العربي بيروت.
(٢) الآية: ٢٢٢. من سورة البقرة.
(٣) «محاضرات في الوقف» للشيخ محمد أبي زهرة. ص: ٩٨، ٩٩.
(٤) راجع «بحث استثمار موارد الأوقاف والأحباس» للدكتور خليفة بابكر الحسن. ص: ٨٤ مجلة المجمع: ١/١٢.

في شركة مساهمة[1]، ولهذا فالأسهم أموال متقومة وأصحابها ملاك لأنهم في مجموعهم ملاك للشركة المساهمة[2]، كما أنه يجوز تبادلها بالبيع والشراء وتوهب وتورث ويتم بها التخارج.

ومن ضوابط جمهور الفقهاء في الموقوف: «أن ما يصح وقفه كل ما جاز بيعه والانتفاع به»[3]. ونجد في هذا الشأن أن الشافعية والحنابلة يشترطون في العين الموقوفة «أن تكون مملوكة ملكاً يقبل النقل بالبيع ونحوه»[4] بل إن المالكية توسعوا في ذلك فقالوا بجواز وقف ما لا يصح بيعه كجلد أضحية وكلب صيد وعبد آبق[5].

وكل ذلك يصل بنا إلى ثبوت هذا الشرط وتحققه في الأسهم.

٢ ـ أن يكون الموقوف معلوماً. وقد فسر الحنفية المعلومية بتعيين القدر كدونم أرض، أو بالتعيين عن طريق النسبة إلى معين كنصف الأرض التي تقع في الجهة الفلانية وفسرها الشافعية والحنابلة بأنها ما ليس في الذمة.

ومقصد هذا الشرط هو انتفاء الجهالة، لأن الجهالة تفضي إلى النزاع[6].

وفي كل الأحوال فإن هذا الشرط ليست ثمة صعوبة أو عسر في تحققه في وقف الأسهم، لأن صاحبها باستطاعته أن يوقفها جميعاً أو يوقف عدداً منها، وعليه ليس ثمة احتمال للجهالة المفضية للنزاع التي

---

(١) بحث الدكتور منذر قحف مجلة المجمع ص: ٢١، ١٢/٩.
(٢) المرجع السابق والصفحة.
(٣) المغني مع الشرح الكبير: ٢٣٧/٦. و«الوقف في الشريعة الإسلامية» للدكتور صالح الصالح. ص: ٧٢.
(٤) مغني المحتاج: ٣٧٧/٢. والفقه الإسلامي وأدلته: ١٨٧/٨.
(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٧٥/٤. ط: دار الفكر ـ بيروت، تحقيق: محمد عليش.
(٦) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي: ١٨٥/٨.

هي مبعث هذا الشرط كما أنه لا يتأتى الاعتراض هنا بأن الأسهم في الشركات المساهمة حصص شائعة في الشركة غير معينة في ممتلكات محددة من ممتلكاتها عملاً برأي الشافعية والحنابلة في جواز وقف المشاع مطلقاً، وبرأي المالكية في جوازه فيما يقبل القسمة، لأن الأسهم مما يقبل القسمة[١]، ولأن التسليم الذي يستلزم الإفراز ليس بشرط أصلاً في الوقف بدليل وقف سيدنا عمر رضي الله عنه مائة سهم له في خيبر[٢] .فضلاً عما يؤكد ذلك ويحسم التردد ويقف في مقابلة الاعتراض المنوه عنه وهو ما نص عليه قانون الوقف المصري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٦م الذي نص صراحة على ذلك حيث كان من بين الحالات التي أجاز فيها وقف الحصص الشائعة أن تكون الحصة الشائعة حصة أو سهماً في شركات مالية بشرط أن تكون طرق استغلال أموال الشركة جائزة شرعاً من صناعة أو زراعة أو تجارة، فإن كانت محرمة شرعاً كالطرق الربوية فلا يصح وقف أسهمها[٣].

٣ ـ أن يكون الموقوف ملكاً للواقف، ومبعث اشتراط هذا الشرط أن الوقف تصرف في الموقوف، والتصرف فرع الملك الذي هو سلطة تتيح لصاحبها التصرف فيما يملك.

وقد فسر جمهور الفقهاء هذا الشرط بأن ملكية الواقف للموقوف ساعة الوقف ملكية تامة في حين أجاز المالكية تعليق الوقف على الملك[٤].

وهذا الشرط ـ هو الآخر ـ ليس ثمة خلاف في تحققه في الأسهم، لأن المساهم الذي يقف أسهمه هو مالك لتلك الأسهم ملكاً تاماً لا نزاع فيه[٥].

٤ ـ أن يكون الموقوف عقاراً، وهذا الشرط قال به الحنفية، والعقار

---

(١) المرجع السابق: ١٨٧/٨.
(٢) الوقف للشيخ عيسوي: ص ٣١.
(٣) الوقف للشيخ عيسوي: ص ٣١.
(٤) الدسوقي. باب «وصح وقف مملوك»: ٧٦/٤.
(٥) «وقف النقود والأوراق المالية» للدكتور عبد الله العمار ص: ٩٥.

عندهم هو ما لا يمكن نقله وتحويله. أما المنقول فلا يصح وقفه عندهم إلا إذا كان تبعاً لغيره كالبناء والشجر التابع للأرض الموقوفة أو جرى به التعامل كالكتب وأدوات النجارة، ولا يجوز عند الإمام أبي حنيفة وقف الخيول والسلاح في سبيل الله، لأنها من المنقول ولم تجر العادة بوقفها على أن الصاحبين قد أجازا وقفها[١].

وعملاً بهذا الشرط الذي اشترطه الحنفية فإن الأسهم لا يصح وقفها بإطلاق، لأنها ليست بعقار وإن كانت مالاً كما وأنها وإن كانت منقولاً فإنهم لا يجيزون وقف المنقول إلا في حالات خاصة سلفت الإشارة إليها، فضلاً عن أن اشتراطهم في الموقوف أن يكون عقاراً سببه أن الوقف مؤبد فيناسبه العقار لاستمراره وبقائه على الدوام، والأسهم مؤقتة فلا يتأتى جواز وقفها على رأيهم، ويتعين تخريج جواز وقفها على رأي جمهور الفقهاء الذين يجيزون وقف المنقول وعلى رأي المالكية والجعفرية الذين يجيزون تأقيت الوقف[٢]. على أن هناك حالة يمكن إجازة وقف الأسهم فيها على رأي الحنفية، وذلك في حالة ما إذا كانت الشركة محل الأسهم شركة عقارية خالصة لأن الأسهم في هذه الحالة تكون معبرة عن العقار وممثلة له[٣].

على أنه بقي أن نذكر أن الشافعية والحنابلة يوافقون الحنفية في مبدأ بقاء الأصل وديمومته لكنهم يتوسعون في ذلك ولا يجعلونه محصوراً في العقار وحده، وفي هذا يقول الإمام الغزالي في الموقوف: وشرطه أن يكون مملوكاً معيناً تحصل منه فائدة أو منفعة مقصودة مع بقاء الأصل[٤].

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته: أ. د. وهبة الزحيلي: ١٨٥/٨.

(٢) محاضرات في الوقف للشيخ محمد أبي زهرة ص: ٩٩.

(٣) وقف الأوراق المالية وتطبيقاته المعاصرة. للأستاذ.د. عبد الغزيز القصار. ص: ٢٠٩. بحوث الملتقى الوقفي الكويتي.

(٤) الوسيط في المذهب للإمام محمد بن محمد بن محمد الغزالي أبي حامد: ٢٣٩/٤. ط: دار السلام ـ القاهرة ـ ١٤١٧، الطبعة: الأولى، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر.

ويعبر عن رأي الحنابلة في هذا الصدد البهوتي في كشاف القناع فيقول: ويعتبر في العين الموقوفة أيضاً أنه يمكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها عرفاً كإجارة واستغلال ثمرة ونحوه[1].

وهذا المعنى متوفر في الأسهم لأنه يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها.

* * *

(١) كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي: ٢٤٣/٤. ط: دار الفكر - بيروت - ١٤٠٢، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال.

نظرة كلية في شأن وقف الأسهم

بعد أن ظهر لنا من خلال عرض شروط الموقوف وتطبيقها على وقف الأسهم تحقق تلك الشروط فيها مما ساعد في تخريج إجازة وقفها ندعم ذلك بإيراد بعض الأدلة العامة والكليات التي تؤيد جواز وقف الأسهم وهي:

١ ـ أن الفتوى في الوقف عموماً لا بد من أن تتجه دائماً إلى ما هو أنفع له عند اختلاف العلماء فيه نظرا للوقف، وصيانة لحق الله تعالى فيه، وإبقاء للخيرات[١]. ووقف الأسهم من الوقوف العملية التي تقتضي المصالح إجازتها لتتسع دائرة الوقف وقد أدرك هذا المعنى قبل زمن طويل الإمام أحمد بن حنبل فقال رحمه الله حين سئل عن الوقف: «هو جائز في كل شيء»[٢].

أما المصلحة في إجازة وقف الأسهم فهي ما تقود إليه من اتساع دائرة الوقف، وتعميم نفعه إسهاماً في حل الضوائق المعيشية التي تغشى الفقراء والمحتاجين في زماننا هذا، والمساعدة في انبساط النمو العمراني، ونشر التعليم وتوفير الرعاية الصحية.

٢ ـ أن إجازة وقف الأسهم تنشط حركة المؤسسية في الوقف الإسلامي بحيث تنشأ المحافظ والصناديق الوقفية، ومن ثم المؤسسات المالية الوقفية الكبيرة، وهو اتجاه فوق ما يؤدي إليه من حلول للمشاكل الاجتماعية الكبيرة فيه تجاوب مع الحركة الاقتصادية المعاصرة، وارتفاع بالوقف إلى مستوى المؤسسية التي هي سمة من سمات هذا العصر كما أن من شأن هذا الاتجاه مؤازرة البنوك الإسلامية وترسيخ مبادئ الاقتصاد

---

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبي حنيفة لابن عابدين: ٣٤٤/٤. ط: دار الفكر للطباعة والنشر. ـ بيروت. ـ ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م.

(٢) كتاب الوقف في مسائل الإمام أحمد بن حنبل الشيباني: ٢٢٨/١، ٢٢٩.

الإسلامي الذي يرمي في عمومه إلى غايات إنسانية نبيلة من البر والتكامل.

٣ ـ سبق للمجمع أن رجح القول بجواز وقف النقود في دورته الخامسة عشرة المنعقدة في مسقط حاضرة سلطنة عمان عام: ١٤٢٥هـ ضمن قراره رقم: ١٤٠/٦/١٥. ونص القرار:

١ ـ وقف النقود جائز شرعاً، لأن المقصد الشرعي من الوقف، وهو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة متحقق فيها، ولأن النقود لا تتعين بالتعيين، وإنما تقوم أبدالها مقامها.

٢ ـ يجوز وقف النقود للقرض الحسن وللاستثمار بطريق مباشر أو بمشاركة عدد من الواقفين في صندوق واحد، أو عن طريق إصدار أسهم نقدية تشجيعاً على الوقف، وتشجيعاً على المشاركة الجماعية فيه.

وإجازة وقف النقود فيه دلالة على جواز وقف الأسهم، لأن رأس مال الأسهم في أصله نقود، بل إن وقف الأسهم أولى لأنها في تعريفها تمثل أصولاً عينية أو نقدية في مال الشركة[1]. فضلاً عن أن قرار المجمع جعل من المجالات التي توظف فيها النقود الموقوفة إصدار أسهم نقدية تشجيعاً على الوقف والمشاركة الجماعية كما هو منطوق قراره، وفوق ذلك فإن المحذور الذي تحامى به المانعون لإجازة وقف النقود، وهو عدم الانتفاع بها مع بقاء عينها، منتف في الأسهم التي انقلبت إلى أصول ثابتة. والله أعلم.

٤ ـ أن الأسهم حصص شائعة في ممتلكات الشركة من أعيان ثابتة كالعقارات، وأعيان منقولة ونقود وغيرها، وهذه يجوز وقفها بأفرادها، أما العقار فلا خلاف في جواز وقفه، كما أن الجمهور يجيزون وقف المنقول، وإذا جاز وقف العقار والمنقول جاز وقف الأسهم لأنها تمثل خليطاً من عقار ومنقول.

---

(١) «وقف النقود والأوراق المالية وأحكامه في الشريعة الإسلامية» د. ناصر عبد الله الميمان. ص: ١٣٩.

ثالثاً: وقف الصكوك

تقدم تعريف الصك بأنه يمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات، كما تمت المقارنة بينه وبين السند وبيان الفرق بينهما من جهة أن الصكوك تمثل حصصاً شائعة حسب الكيفية الواردة في تعريفها، أما السندات فتمثل ديوناً لأصحابها على الجهات المصدرة لها سواء كانت حكومات أو شركات، كما أن عائد الصكوك بحكم طبيعة نشاطها أرباح، أما عائد السندات ففوائد محددة، وعلى ذلك كانت قرارات مجمع الفقه الإسلامي التي حرمت التعامل بالسندات لما فيها من الربا، ولهذا تم استبعادها من هذا البحث، وإن كانت السندات والصكوك تأتي متداخلة في الإطار المالي العام القائم على النظام الرأسمالي الذي لا يمنع الفوائد وإنما يؤسس اقتصاده عليها كما تم التنويه إلى الفروق بينها وبين الأسهم من جهة أن الأسهم تكون في شركات مساهمة، ومحكومة بالتالي بقوانين تلك الشركات ونظمها وأنها تتيح لصاحبها حقوقاً مثل: التصويت والاشتراك في مجلس الإدارة، وأن قوتها أكثر من قوة الصكوك، لأن المساهم شريك وليس كذلك صاحب الصك كما أن مجالها الذي تدور فيه أوسع من الصكوك.

وبناءً على هذه الفروق تم الفصل بين الحديث عن وقف الأسهم ووقف الصكوك لاختلاف كل منهما عن الآخر.

وفي كل الأحوال فإن أنواع الصكوك كثيرة منها صكوك المضاربة والمشاركة والإجارة والسلم، والأخيرة غير قابلة للتداول إذا كان المشتري هو المسلِم، إذ تمثل تلك الصكوك حينئذ المسلَم فيه وهو الدين[1]. وصكوك الاستصناع ويجري عليها من حيث الحكم ما يجري على صكوك السلم.

(١) «الصكوك والمستندات الاستثمارية» للدكتور عبد الستار أبي غدة. ص: ٣٤ بحث غير مطبوع مقدم للدورة السابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي.

وسوف يقتصر الحديث في هذا البحث على صكوك المضاربة أو المقارضة، وهي الصكوك التي حددها وعرفها وأجازها مجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة بجدة بموجب قراره رقم: ٣٠ (٤/٣) وفيه جاء تعريف صكوك المضاربة أو المقارضة بأنها صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة، وما يتحول إليها بنسبة ملكية كل منهم فيه[١].

وبناءً على ما رتبه القرار على ذلك التعريف من ثبوت جميع الحقوق والتصرفات المقررة شرعاً للمالك في ملكه من بيع وهبة ورهن وإرث وغيرها[٢]. فإن للمالك حق وقف تلك الصكوك للاعتبارات الآتية:

١ - ملكية صاحب الصكوك لها وذلك يتيح له وقفها لتوفر شرط ملكية الواقف للموقوف وهو واحد من شروطه باتفاق الفقهاء، وقد سبق تناوله عند الحديث عن حكم وقف الأسهم.

٢ - اشتراط قرار المجمع أن يمثل الصك حصة شائعة في المشروع الذي أصدرت الصكوك لإنشائه أو تمويله[٣] لا يحول دون جواز وقف الحصص، لأن جمهور الفقهاء غير المالكية يجيزون وقف المشاع الذي لا يحتمل القسمة، والمشاع القابل للقسمة أجازه الإمام أبو يوسف من الحنفية، وهو المفتى به ووافقه في ذلك المالكية والشافعية والحنابلة[٤].

٣ - إن الشروط الأخرى في الموقوف متوفرة في الصكوك من حيث إنها أموال متقومة ومعلومة، ولا يؤثر في ذلك أنها منقولة، لأن بعض الفقهاء أجاز وقف المنقول كما تقدم بيانه، ولأن ربحها

---

(١) قرار المجمع رقم: ٣٠. بند (١).
(٢) القرار المشار إليه. العنصر الأول.
(٣) القرار المشار إليه. العنصر الأول.
(٤) الفقه الإسلامي وأدلته. أ. د. وهبة الزحيلي: ١٦٤/٨، ١٦٥.

ناتج عن المضاربة مع العلم أن الذين أجازوا وقف النقود نفسها أجازوها للمضاربة فيها على أنه لا بد من ملاحظة أن قرار المجمع قد نص على:

أولاً: أن مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل إذا كان ما يزال نقوداً فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف وهذه المسألة ـ حينئذ ـ مكانها وقف النقود، وتلحقها الضوابط الخاصة بجوازه[1].

على أن الذي يمكن تقريره هنا هو عدم جواز وقف صكوك المقارضة التي لا تزال مالاً قد تجمع ولم يدخل في دورة العمل لاعتبارات:

أولها: أن في المضاربة بالنقود عن طريق الصرف ضرباً من المخاطرة واحتمال الخسارة لعلاقتها المباشرة بتغير قيمة النقود وسعر الصرف الذي يتجدد كل يوم، والوقف للتصرف فيه حرمة شرعية خاصة وهو كمال اليتيم ينبغي التصرف فيه وفق المصلحة، وذلك يقتضي البعد به عن المخاطرة والمجازفة.

---

(١) بما أن قرار المجمع الذي جاء بصدد جواز وقف النقود جاء عاماً حيث تناول مبدأ الجواز ومجال استثمار النقود في القرض الحسن أو الاستثمار المباشر أو بمشاركة عدد من الواقفين في صندوق واحد أو عن طريق إصدار أسهم وقفية نقدية تشجيعاً على الوقف والمشاركة الجماعية فيه (انظر في هذا الخصوص: بحث وقف النقود والأوراق المالية للدكتور ناصر الميمان ص: ١٣٥، ١٣٧). من غير أن يدخل في المسائل البينية التي تؤدي إلى تداخل بين أوجه الاستثمار للمال الوقفي فقد أرى من المناسب إعادة النظر فيه بحيث يكون قراراً واحداً جامعاً شاملاً لوقف النقود والأسهم والصكوك والحقوق والمنافع وعلى أن يكون القرار أيضاً شاملاً للقرار الخاص باستثمار أموال الوقف بعد صدوره للتداخل بين أصل جواز وقف المسائل الاجتهادية المذكورة واستثمارها، أما استثمار الأوقاف المعهودة السابقة فمعروف ولا يعدو الأمر فيه سوى الضبط اللازم لوسائل الاستثمار لكثرتها واتساعها وتداخلها مع المعاملات المعاصرة التي ليست من إنشاء الفقهاء ولا معهودهم، ولهذا فهي بحاجة إلى ضبطها فقط بحيث تنسجم مع قواعد الشريعة الإسلامية وأحكامها.

ثانيها: أن هذه الصكوك وهي نقود لا تزال في مرحلة عدم المعلومية من جهة كونها صكوكاً أو نقوداً والموقوف يشترط فيه أن يكون معلوماً علماً نافياً للجهالة.

ثالثها: أن في إجازتها الآن إحداثاً لتداخل بين أصل الجواز وهو المقصود في هذا البحث، وبين طرق الاستثمار وهي مجال آخر غير أصل الجواز وإن كان بينهما تلازم، وقد سبقت الإشارة إلى هذا المعنى في هامش رقم (٤) من الصفحة السابقة.

ثانياً: أن مال القراض إذا أصبح ديوناً فإن أحكام التعامل بالديون تطبق على تداول صكوك المضاربة[١].

وهذا الضابط يترتب عليه أن وقف تلك الصكوك إذا كان بعد صيرورة مال القراض ديوناً لا يصح عند جمهور الفقهاء الذين لا يجيزون وقف الديون، جاء في مغني المحتاج: «يجوز وقف عقار ومنقول ومشاع لا عبد وثوب في الذمة» إذ لا ملك، والوقف إزالة ملك عن عين[٢]. وفي الشرح الكبير للدردير: «ولا يصح وقف مرهون ومؤجر وعبد جان حال تعلق حق الغير به»[٣]. إلا عند الحنفية الذين يجيزون للراهن وقف المرهون مع بقاء حق المرتهن بها متعلقاً بالمرهون فإن وفي الراهن الدين خلصت العين المرهونة من حق المرتهن بها، وإلا فللمرتهن المطالبة بإبطال الوقف وبيع المرهون[٤].

❋ ❋ ❋

(١) القرار المشار إليه. العنصر (٣) و(٢).

(٢) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد الخطيب الشربيني: ٣٧٨/٢. ط: دار الفكر - بيروت.

(٣) الشرح الكبير: ٧٧/٣. ط: دار الفكر، تحقيق: محمد عليش.

(٤) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد الخطيب الشربيني: ٣٧٨/٢. ط: دار الفكر - بيروت.

رابعاً: أحكام متعلقة بوقف الأسهم والصكوك

من الطبيعي أن تقابل وقف الأسهم والصكوك بعض العقبات والإشكالات، وهذه العقبات سببها أمران:

أولهما: أن الأسهم والصكوك هي أنماط من المال مستجدة اقتضتها التطورات الاقتصادية المعاصرة التي دعت لتحويل الأصول والمنافع إلى أوراق مالية تيسيراً لتداول حركة المال في وقت اتسعت فيه الحياة الاقتصادية، وتضخم فيه التبادل، ومن الطبيعي ـ نتيجة لذلك ـ أن تكون لهذه الأوراق أوضاعها الخاصة فيما يتصل بطريقة استثمارها وتداولها، وتحركها وقابليتها للتحويل إلى أصول أخرى إذا واجهتها خسارة فادحة كما أنها عرضة لتغير قيمتها من حين لآخر فضلاً عن أن الشركات والمؤسسات التي تكون الأسهم والصكوك جزءاً منها عرضة ـ هي الأخرى ـ للإفلاس ومن ثم التصفية.

ثانيهما: أن الوقف له طبيعته من حيث عدم قابليته للبيع، وعدم قابليته للتغيير والتبديل إلا في إطار ضوابط فقهية خاصة بسطها الفقهاء في باب الوقف وغير ذلك من المسائل التي قد لا تتفق فيها طبيعة الموقوف ـ وهو الأسهم والصكوك ـ مع طبيعة الوقف الذي نشأ أصلاً في ظروف وأوضاع لم تألف التعقيدات الكثيرة التي صاحبت الحركة الاقتصادية المعاصرة والتي كانت ـ هي الأخرى ـ نتيجة طبيعية ومتوقعة لما اعترى ويعتري التعامل الاقتصادي في عمومه من تضخم واتساع وتداخل.

وفي كل الأحوال فإن هذه العقبات والإشكالات يحتم الواقع استنباطها واستقراءها، ومن ثم وضع الحلول والتدابير الفقهية المناسبة لها، والاجتهاد في هذا الإطار يعتبر اجتهاداً مكملاً لتخريج الأحكام الخاصة بإجازة وقف الأسهم والصكوك الذي هو أساس المسألة، وقد

توصل البحث إلى أن المسائل التي لا بد من تناولها في هذا الإطار هي:

١ ـ طبيعة استثمار الأسهم والصكوك والوقف.

٢ ـ تحويل الأسهم والصكوك إلى أصول أخرى.

٣ ـ تغير قيمة أصول الوقف.

٤ ـ أيلولة ملكية الأسهم في حال تصفية الشركة أو المؤسسة.

وذكر هذه المسائل من باب التمثيل لا الحصر لأن البحث والنظر قد يكشف عن مسائل أخرى تضاف إليها.

وقد اختار البحث تسمية هذه المسائل بأحكام متعلقة بوقف الأسهم والصكوك بحسبان أنها أثر من آثاره، ومتعلقات به من شأنها أن تعود إليه.

وسوف يتم تناول هذه القضايا بحسب الترتيب السابق لعرضها.

١ ـ طبيعة استثمار الأسهم والصكوك والوقف:

يتمثل استثمار الأسهم أصالة في العائد والربح الذي يتحصل عليه البنك من عمله، كما يتمثل في صكوك المقارضة والمضاربة أيضاً في العائد أو الربح الذي يتم الحصول عليه من عملية المضاربة.

وهذا النوع من الاستثمار لا غبار عليه ولا يتعارض مع وقف الأسهم والصكوك في شيء، لأن العائد في الحالين يعود إلى الموقوف عليهم كما أنه يتفق مع تعريف الوقف بأنه حبس الأصل وتسبيل المنفعة، فالأصول محفوظة وهي الأسهم والصكوك، والمنفعة مسبلة لعودها على الموقوف عليهم، إلا أن هناك نوعاً آخر من الاستثمار في الأسهم والصكوك وهو تداولها عن طريق البيع والشراء، وقد أقر المجمع هذا النوع من الاستثمار في الأسهم، حيث جاء ذلك في قرار المجمع رقم: ٦٣ (٧/١) وورد فيه في رقم: (٨) تحت بند «أولاً»: يجوز بيع السهم أو رهنه مع مراعاة ما يقضي به نظام الشركة كما لو

تضمن النظام تسويغ البيع مطلقاً بمراعاة أولوية المساهمين في الشراء[١].

والصكوك يجوز تداولها أيضاً وترتب عليها جميع الحقوق والتصرفات المقررة شرعاً للمالك في ملكه من بيع وهبة ورهن وإرث وغيرها مع ملاحظة أن الصكوك تمثل رأسمال المضاربة[٢].

وهذا الاستثمار يتعارض مع الوقف الذي لا يجوز بيعه لأنه عقد لازم يكون الموقوف فيه على حكم ملك الله تعالى على الراجح بحيث لا يجوز بيع أصله ولا التصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرفات الناقلة للملكية إلا عند الإمام أبي حنيفة الذي يرى عدم لزوم الوقف.

وقد جاء هذا المعنى واضحاً في كثير من تعابير الفقهاء كقول بعضهم: «مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته»[٣] إلا أن جمهور الفقهاء، وإن اتفقوا على عدم جواز بيع الوقف، لكنهم أتاحوا للواقف أن يشترط ما يسمونه بالشروط العشرة ومن بينها جواز الإبدال وهو بيع عين الوقف ببدل سواء كان ذلك البدل عيناً أخرى أو نقوداً، والاستبدال وهو شراء عين بدل العين التي بيعت، وبعض الفقهاء يفسر الإبدال بالمقايضة والاستبدال ببيع العين الموقوفة بنقود وشراء عين أخرى بتلك النقود[٤] غير أن هذا الإبدال والاستبدال لم يسلم هو الآخر من الخلاف فيه، ولعل ذلك كله أثر من آثار فكرة وطبيعة ومفهوم الوقف من حيث لزومه ودورانه على ثبات الأصل ومرونة التحرك في المنفعة.

وعلى العموم فإن الوقف بالقياس إلى البدل والاستبدال تعتريه حالتان:

١ - الحالة الأولى: حالة الوقف العامر وهذا لا يجوز الإبدال والاستبدال فيه إلا في حالات استثنائية قليلة قائمة على وجود

---

(١) قرارات وتوصيات المجمع ص: ٢١٤.

(٢) قرار المجمع رقم: ٣٠، (٤/٣) العنصر الأول.

(٣) كشاف القناع عن متن الإقناع امنصور بن يونس بن إدريس البهوتي: ٢٤٠/٤. ط: دار الفكر - بيروت - ١٤٠٢، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال.

(٤) «فقه الوقف في الإسلام» للأستاذ الدكتور صديق الضرير ص: ١٦.

مصلحة حقيقية في ذلك، وممن ذهب إلى ذلك الإمام أبو يوسف وبعض فقهاء الحنفية وورد ذلك ضمن المسائل التي يجوز فيها للقاضي مخالفة شرط الواقف إذا كان ذلك أصلح للوقف[1] جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم «السادس» شرط الواقف عدم الاستبدال فللقاضي الاستبدال إذا كان ذلك أصلح[2] كما يقرر ابن نجيم في موضع آخر أن استبدال الوقف لا يجوز إلا في مسائل منها شرط الواقف له حالة الغصب وإفساده بإجراء الماء فيه بحيث يغدو غير صالح للزراعة، وحالة جحد الغاصب له ولا بينة، وحالة رغبة الإنسان فيه ببدل أكثر غلة، وأحسن وصفاً فيجوز على قول أبي يوسف، وقد جاء ذلك أيضاً عن الإمام ابن تيمية.

٢ ـ الحالة الثانية: حالة الوقف الخرب وهذا يمنع المالكية بيعه إلا أن يشتري منه بقدر الحاجة لتوسعة مسجد أو طريق إلا أنهم يجيزون بيع العروض والحيوانات وصرف ثمنها في مقابلها إذا لم تعد ذات فائدة عند ابن الماجشون وإن كان ابن القاسم لا يجيز ذلك[3].

والشافعية يجيزون بيع العقار، أما المنقول فيجيزون على الأصح بيعه[4].

أما الحنابلة فيجوز البيع عندهم مطلقاً في أي وقف تخرب وتعطلت منافعه، والحنفية يجيزون بيع الموقوف غير المسجد في حالة الضرورة الملحة، والمصلحة الراجحة ونصوا في ذلك على بعض الحالات[5].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص: ١٩٥.
(٢) المرجع السابق: ١٩٤، ١٩٥.
(٣) الشرح الكبير حاشية الدسوقي: ٤٧٩/٥، والقوانين الفقهية: ٢٤٤، والفقه الإسلامي وأدلته: ٣٢٣/٨.
(٤) مغني المحتاج: ٣٩٢/٢، وتكملة المجموع: ٣٤٧/١٥.
(٥) خلاصة أحكام الوقف للشيخ علي حسب الله: ص: ٣٢، ٣٣.

والخلاصة أن أحكام الإبدال والاستبدال في الوقف العامر والخرب تفسح المجال للقول بجواز تداول الأسهم والصكوك الموقوفة عن طريق البيع والشراء، وبخاصة أن بيع الأسهم والصكوك ليس بيعاً كاملاً للموقوف، وإنما يأتي في إطار الاستثمار بتقليب تلك الأوراق بين البيع والشراء باستمرار، كما أنه لا يمكن أن يكون متعارضاً مع شرط الواقف بل يدخل في باب شرط الواقف دلالة بحكم أن الواقف يعلم أن تداول تلك الأسهم والصكوك بالبيع والشراء جزء من وظائفها الاستثمارية المباشرة، على أنه ليس هنالك ما يمنع من وضع قيود لهذا التعامل في حالة وقف الأسهم والصكوك خاصة، وأن تكون الشركات الإسلامية على علم بذلك بحيث لا تسوغ البيع مطلقاً وإنما تضع له الضوابط اللازمة التي تتفق مع طبيعة الوقف. والله أعلم.

٢ ـ تحويل الأسهم والصكوك إلى أصل الآخر:

قد يترتب على التعامل في الأسهم والصكوك بالبيع والشراء والتداول، وهو المبدأ الذي تم علاجه في الفقرة السابقة في إطار قرارات المجمع التي تسمح بتداول الأسهم والصكوك ومن ثم تخريج المسألة على شرطي الإبدال والاستبدال قد يترتب على ذلك التعامل أحياناً أو لاعتبارات أخرى كالجوائح والأزمات الاقتصادية أن تدخل الشركات المساهمة في حالات خسارة متصلة، وتغدو ـ بالتالي ـ صكوكها وأسهمها في خطر، فهل يجوز ـ في مثل هذه الحالة ـ تدارك الأمر بتحويل تلك الأسهم والصكوك إلى أصول أخرى كالعقارات مثلاً أم أن ذلك لا يجوز؟ أظن أن من الأوفق إجازة ذلك بناءً على قاعدة الإبدال والاستبدال التي سبق الحديث عنها، وأن شأن الأسهم والصكوك في مثل هذه الأحوال شأن الوقف المتخرب، ومثل ذلك ما إذا كانت الأسهم والصكوك غير متداولة، وكان إفلاس البنوك والشركات بسبب الجوائح المالية غير المتوقعة[1]، والله أعلم.

---

(١) وقف النقود والأوراق المالية وأحكامه في الشريعة الإسلامية، بحث للدكتور ناصر عبد الله الميمان ضمن بحوث ملتقى الوقف بالكويت: ١٥١، ١٥٢.

٣ ـ تغير قيمة أصول الوقف:

قيمة الأسهم والصكوك عرضة للارتفاع والهبوط تبعاً لحالة السوق، وعليه فإن الأسهم الوقفية إذا ارتفعت قيمتها السوقية عن قيمتها الاسمية فإن الزائد عن رأس المال يعتبر ربحاً للوقف، وإذا نقصت فإن نقصانها يعني خسارة الأصل الموقوف ويمكن علاج ذلك بالإبدال والاستبدال إذا كانت الخسارة كبيرة، أما إذا كانت الخسارة محدودة فلا بد من تداركها بقدر الإمكان ويأخذ الناظر دوره في هذا الصدد وإلا عد ذلك من باب الإهمال والتقصير الذي لا يجوز صدوره منه، وفيما يتصل بصكوك المضاربة، فإن مجمع الفقه أصدر قراراً يبين فيه طريقة جبر الخسارة المتوقعة، ونصه: ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة[1].

٤ ـ أيلولة بدل ملكية الأسهم في حال تصفية الشركة أو المؤسسة:

سبق للبحث أن خرج إجازة وقف الأسهم والصكوك على رأي القائلين بجواز وقف المنقول، وعلى رأي القائلين بجواز تأقيت الوقف لأن الأسهم والصكوك من المنقولات المؤقتة، وبناءً على ذلك فإن الواقف إذا جعل وقفه للأسهم أو الصكوك إلى زمن محدد أو إلى وقت انتهاء الشركة فيجوز ذلك وينتهي وقفه بانتهاء الشركة أو المؤسسة أو بالميقات الذي حدده، وعلى ذلك جاء قانون الوقف الكويتي في المادة (٥٢) منه حيث نص «على أنه لا ينتهي الوقف الخيري إلا إذا كان مؤقتاً

---

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص: ١٢٤، ١٢٥. قرار رقم: ٣٠ (٣/٤).

بزمن محدد وانقضت مدته»[1] وفي مثل هذه الحال يعود الموقوف إلى الواقف أو إلى ورثته بعد موته عملاً بقول محمد بن الحسن الشيباني أن الوقف إذا انهدم وصار لا ينتفع وليس له من الغلة ما يمكن عمارته أنه يبطل ويعود إلى ملك الواقف إذا كان حياً، ولورثته إذا كان ميتاً[2].

أما إذا لم ينص الواقف على تأقيت وقفه فإن الأصل فيه الدوام والتأبيد، وعليه إذا تمت تصفية الشركة أو المؤسسة التي بها الأسهم أو الصكوك بعد أن وصلت تلك الأسهم أو الصكوك إلى مرحلة انعدام فائدتها بحيث لا يمكن جبرها بالإبدال أو الاستبدال فإن الوقف يغدو كالعدم، وإلا طبق عليه مبدأ الإبدال والاستبدال عملاً بالمصلحة في ذلك وتحويله إلى مؤسسة مالية أخرى بعد بيعه وشراء بدل له إذا أوفى ثمنه بذلك، وإن لم يف ثمنه يمكن ضمه إلى وقف آخر يتفق معه في غرضه عملاً بقول الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه في شأن الفرس الحبيس للجهاد إذا كبر ولم يعد صالحاً للغزو تباع ويشترى بثمنها غيرها تكون موقوفة على الجهة الموقوفة أو بيعه وتوزيع قيمته على الموقوف عليهم[3]، وقد أثر عن الإمام مالك رضي الله عنه أنه «إذا تلف الموقوف وصارت قيمته تالفة بتوزيعه أو بيعه وتوزيع قيمته على الموقوف عليهم»[4].

* * *

---

(١) مشروع قانون الوقف الكويتي نقلاً عن بحث وقف النقود والأوراق المالية وأحكامه في الشريعة الإسلامية للدكتور ناصر الميمان: ص: ١٤٩.

(٢) فتح القدير: ٢١٢/٦، والبحر الرائق: ٢٣٧/٥.

(٣) بحث وقف النقود والأوراق المالية وأحكامه في الشريعة الإسلامية للدكتور ناصر الميمان: ص: ١٤٩.

(٤) المدونة: ٣٤٢/٤.

التوصية

إجازة وقف الأسهم والصكوك عملاً برأي الجمهور القائلين بجواز وقف المنقول، ورأي المالكية والجعفرية القائلين بتأقيت الوقف مع مراعاة وضع الضوابط التي تحكم استثمارها وتحويلها وتغير قيمتها وأيلولة ملكيتها في حالة تصفية الشركات والمؤسسات المالية التي كانت مستثمرة فيها. والله أعلم.

❊ ❊ ❊

المبحث الثاني
وقف المنافع
أولاً: حقيقة المنفعة وماليتها

المنفعة في اللغة مصدر ميمي من النفع وهو الخير والإفادة، وهي كل ما ينتفع به كمنافع الدار، أي: مرافقها، والمنافع العامة وهي ما كان فيه نفع مشترك بين الناس(١).

وفي الاصطلاح كل ما يقوم بالأعيان من أعراض، وما ينتج عنها من غلة كسكنى الدار وأجرتها، وثمرة البستان، ولبن الدابة(٢).

والعنصر الهام في المنفعة الذي ينبغي أن يطاله الحديث ونحن بصدد الحديث عن حكم وقفها هو ماليتها، لأن أول شرط من شروط الموقوف كما سلف بيانه أن يكون مالاً متقوماً، وقد كان موضوع مالية المنفعة محل خلاف كبير بين جمهور الفقهاء من ناحية والحنفية من ناحية أخرى، وسبب ذلك الاختلاف يرجع إلى تعريف المال عند كل منهما فالحنفية الذين يعرفون المال بأنه ما يقبل الإحراز والادخار لوقت الحاجة لا يعتبرون المنافع أموالاً لعدم إمكان إحرازها وإنما هي أعراض قائمة بالأعيان ونواتج عن الأعيان كالغلة والأجرة والثمرة... إلخ. وطبيعة عرضيتها هذه تجعلها متجددة متغيرة لا تلبث بعد أن توجد أن تختفي لتخلفها منفعة أخرى وهكذا، ولهذا لا يمكن إحرازها، وقد عزز الحنفية اتجاههم في عدم مالية المنافع بالآتي:

١ - أن المنافع لا تضمن بالإتلاف بل إن الإتلاف لا يتصور فيها لأنها أعراض دائرة بين الوجود والعدم.

---

(١) المعجم الوجيز.

(٢) «الميراث والوصية» للشيخ زكريا البرديسي. الدار القومية للطباعة والنشر: ١٩٦٤.

٢ ـ أن ضمانها بالمال المتقوم لا يتأتى لأنها غير متقومة لفقدانها لخاصية الإحراز، وفي هذا يقول صدر الشريعة: «لا تضمن المنافع بالمال المتقوم لأنها غير متقومة إذ لا تقوُّم بلا إحراز، ولا إحراز بلا بقاء، ولا بقاء للأعراض»(١).

٣ ـ المنفعة ليست مالاً لأنها لا تماثل العين إذ العين جوهر وهي عرض لذلك الجوهر.

٤ ـ أن المنفعة قبل كسبها تكون معدومة، والمعدوم لا يكون مالاً(٢).

غير أن الحنفية وإن اعتبروا المنافع ليست مالاً إلا أنهم قالوا: إنها تملك، لأن الملك ما يتصرف فيه بملك الاختصاص(٣).

أما عند الجمهور فإن المنافع أموال لأنهم يعرفون المال بأنه ما له قيمة ويلزم متلفه بضمانه(٤) والمنافع لها قيمة بل هي الغرض الأظهر من جميع الأموال(٥). ويستدل الجمهور على مالية المنافع بتقومها، وميلان الطبع إليها، والسعي في ابتغائها، وأن العرف العام يجعلها أموالاً كما أن الشارع الحكيم اعتبرها مهراً في الزواج: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ﴾ [الآية: ٢٧. من سورة القصص] والمهر لا بد أن يكون مالاً(٦).

* * *

(١) التوضيح في حل غوامض التنقيح لصدر الشريعة البخاري: ٣١٩/١.
(٢) راجع بحث «الحقوق المعنوية، بيع الاسم التجاري» للأستاذ الدكتور عجيل النشمي ص: ٢٣١٣. وما بعدها مجلة المجمع: ٣/٥.
(٣) الفقه الإسلامي وأدلته. أ. د. وهبة الزحيلي: ٤١/٨.
(٤) الفقه الإسلامي وأدلته. أ. د. وهبة الزحيلي: ٤١/٨.
(٥) المرجع السابق.
(٦) الحقوق المعنوية بيع الاسم التجاري بحث أ. د. عجيل جاسم النشمي ص: ٢٣١٢. مجلة المجمع العدد (٥) جزء (٣).

ثانياً: أسباب ملك المنفعة

وبناءً على مالية المنافع فإنها تملك عند الجمهور وقد سبق أن الحنفية يجعلون الملك وارداً عليها أيضاً لا لماليتها وإنما لأن الملك اختصاص، والاختصاص يرد على المنافع كما يرد على الأعيان.

وأسباب ملك المنفعة هي:

١ - الوصية: وهي تصرف يضاف إلى ما بعد الموت بغرض التبرع وترد على العين كما ترد على المنفعة، وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على الوصية بالمنفعة وخالف في ذلك ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر وبعض الإباضية محتجين بأن المنافع تورث وتنتقل إلى ملك الوارث فلا يغدو للمالك سلطة عليها لموته أو بتعبير آخر المنافع معدومة ولا تصح الوصية بمعدوم، أو أنها تتبع الرقبة أو العين فلا تتأتى الوصية بها مستقلة، وقد يجاب عن اعتراض المخالفين الأخير بأن المنافع تتبع الرقاب إذا لم تكن مفردة بالتمليك بالوصية بها، وهنا قد أفردت بالتمليك، وهي قابلة لذلك كالإجارة.

وعلى كل حال فإن هذا الخلاف المفصلي قد حسمه العز بن عبد السلام بقوله: الوصايا خولفت فيها القواعد تحصيلاً لمصالحها، نظراً إلى الأموات إذا انقطعت حسناتهم، لافتقارهم إلى رفع درجاتهم، وتكفير سيئاتهم بحسناتهم[(١)].

وقول الإمام العز بن عبد السلام هو الماضي في ذلك بدليل أن الأصوليين يجعلون جواز الوصية من باب «الاستحسان»[(٢)].

---

(١) القواعد للعز بن عبد السلام: ١٤٧/٢. والملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد السلام العبادي: ٢٨٠/١.

(٢) راجع فصل الاستحسان في كتب أصول الفقه.

٢ ـ الإجارة وهي تختلف عن الوصية لأن الوصية تبرع، أما الإجارة فعقد معاوضة على تمليك منفعة[1]، وعقد الإجارة عقد أساسي يضارع البيع الذي يرد على الأعيان لحاجة الناس إليه ودورانه بينهم قديماً وحديثاً، وهو عقد يكشف عن أهمية المنفعة.

٣ ـ الإعارة وهي تمليك المنافع مجاناً[2]، وقد اعتبرها الشافعية في الأصح عنهم وجمهور الحنابلة والكرخي من الحنفية إباحة لا تمليكاً[3].

٤ ـ الوقف يعتبر هو الآخر سبباً من أسباب ملك المنفعة للمستحقين لأن الوقف كما سبق ذكره أكثر من مرة هو حبس الأصل وتسبيل المنفعة، على أنه لا بد من الإشارة هنا إلى أن بعض الفقهاء يعتبرون الوقف من باب ملك الانتفاع لا ملك المنفعة[4].

❋ ❋ ❋

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٥٢/١.

(٢) الملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد السلام العبادي: ٢٨١/١.

(٣) المرجع السابق: ٢٨٢.

(٤) المرجع السابق والصفحة. وملك المنفعة هو الإذن للشخص في أن يباشر هو بنفسه أو يمكن غيره من الانتفاع بعوض أو بغير عوض، وملك الانتفاع الإذن للشخص بأن يباشر بنفسه فقط.

ثالثاً: وقف المنفعة

تقرر أن المنفعة مال حسب رأي الجمهور وأنها قابلة للملك باتفاق الفقهاء كما أن هناك أسباباً عديدة لتملكها فإن هذا يفسح المجال للنظر في إمكانية وقفها. فما رأي الفقهاء في ذلك؟

نجد الإجابة على هذا السؤال في الفقرتين التاليتين:

١ - جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة لا يجيزون وقف المنفعة مستقلة وإن كانت مالاً عندهم وإنما هي تابعة للعين، وأصرحهم الفقهاء الأوائل الذين يعرفون الوقف بأنه عين كتعريف الإمام أبي حنيفة له «حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها أو صرف منفعتها على من أحب» ومن التعاريف اللاحقة تعريفه بأنه: «حبس الأصل وتسبيل المنفعة أو الثمرة». ومقتضى هذا النوع من التعاريف عدم جواز وقف المنفعة، لأن العين أو الأصل الذي ينصب عليه الوقف قسيم المنفعة ومقابلها.

ويتبع هذا الفريق أيضاً الفقهاء الآخرون الذين يعرفون الوقف بأنه مال كتعريف الرملي من الشافعية له بأنه: «حبس مال يمكن الانتفاع به بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود»[(١)].

وتعريف البهوتي من الحنابلة له بأنه: «تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف أو غيره في رقبته يصرف ريعه إلى جهة بر»[(٢)].

وقد يقال: إن أصحاب التعاريف الأخيرة يلزمهم القول بجواز

---

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد الخطيب الشربيني: ٣٧٨/٢. ط: دار الفكر - بيروت.

(٢) كشاف القناع عن متن الإقناع امنصور بن يونس بن إدريس البهوتي: ٢٤٠/٤. ط: دار الفكر - بيروت - ١٤٠٢، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال.

وقف المنفعة لأنهم يعرفون الوقف بأنه مال، والمنفعة مال عندهم فيلزمهم القول بجواز وقف المنافع[1] لكن هذا في نظري بعيد لأنهم يصفون المال في تعاريفهم نفسها بالأعيان والرقاب. والله أعلم.

٢ ـ المالكية وهم صريحون في إجازة وقف المنافع جاء ذلك في تعريف الدسوقي له بأنه: «جعل المالك منفعة مملوكه، ولو كان مملوكاً بأجرة أو جعل غلته كدراهم لمستحق بصيغة مدة ما يراه المحبس»[2].

وفي هذا المعنى يقول الدردير في الشرح الصغير: «وشمل قوله: ولو بأجرة. ما إذا استأجر داراً مملوكة أو أرضاً مدة معلومة وأوقف منفعتها ـ ولو مسجدا في تلك المدة ـ وما إذا استأجر وقفاً وأوقف منفعته على مستحق آخر غير الأول في تلك المدة، وأما المحبس عليه فليس له تحبيس المنفعة التي يستحقها لأن الحبس لا يحبس[3].

فالمنفعة عند المالكية يصح وقفها عندهم حتى لو كانت منفعة موقوف في حالة استئجار شخص له مدة، ومن ثم وقف منفعته على مستحق آخر غير الأول مع ملاحظة أن المحبس عليه نفسه لا يصح له تحبيس المنفعة لأن الحبس لا يحبس.

ويتضح من نص المالكية هذا بالإضافة إلى إجازة وقف المنافع إجازتهم لوقف المنقول والنقود كما يتضح منه أيضاً جواز تأقيت الوقف حسبما يراه المحبس.

ويبدو ـ والله أعلم ـ أن توسع المالكية في تعدد أصناف الموقوفات سببه أن الوقف عندهم يكون على ملك الواقف، ولهذا يتوسعون في حريته فيه سواء كان ذلك في مضمون الموقوف أو في شروطه.

---

(١) قضايا فقهية معاصرة في الأوقاف الإسلامية. د. منذر قحف. ص: ٧٩.

(٢) الشرح الكبير: ٧٦/٤.

(٣) الشرح الصغير: ٩٨/٤. تحقيق الدكتور مصطفى كمال وصفي. ط. دولة الإمارات العربية المتحدة.

وجواز وقف المنافع حسبما يراه المالكية هو الرأي الذي يرجحه البحث معززاً إياه بالأدلة التالية:

١ ـ قياس الوقف على الوصية:

سبقت أكثر من مرة الإشارة إلى أن الوقف من فصيلة الوصية، وفي هذا الصدد جاءت بعض الضوابط الفقهية كقولهم: «الوصية أخت الوقف» وبشكل أكثر تفصيلاً يمكن القول بأن الوقف والوصية يشتركان في طبيعة العين الموقوفة أو الموصى بها من حيث إباحة تملكها وتمليكها، وأن المباشر لكل واحد منهما لا بد أن يكون جائز التصرف، وأن يكون كل من الموقوف عليه والموصى له مما يصح له التمليك، وأن الحكم في كل منهما الاستحباب، وأن كلاً منهما يبطل بما فيه ظلم كما أن كلًا منهما يتقيد بشروط الواقف والموصي[١].

وما دام أن الوصية والوقف متقاربان إلى هذا الحد، وأن الوصية بالمنافع جائزة عند الأئمة الأربعة حتى الحنفية الذين لا يرون المنافع أموالاً بناءً على صحة تمليكها حال الحياة، فيجوز قياس وقف المنافع على الوصية بها تعضيداً لرأي المالكية في هذا الصدد.

٢ ـ حمل وقف المنافع على نذر التصدق بالمنفعة:

ويمكن الاستئناس في ذلك بقول الكاساني وهو يتحدث عن جواز الوقف حيث قال: «لا خلاف بين العلماء في جواز الوقف في حق وجوب التصدق بالفرع ما دام الواقف حياً حتى أن من وقف داره أو أرضه يلزمه التصدق بغلة الدار والأرض، ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة»[٢].

---

(١) مأخوذة من مقارنة عقدها الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع في بحثه عن «الأوقاف والأحباس وأحكامها وأقسامها ومواردها ومصارفها». مجلة مجمع الفقه الإسلامي دورة: ١/١٣ ص ٥٩٨.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني: ٢١٨/٦. ط: دار الكتاب العربي ـ بيروت ـ ١٩٨٢، الطبعة: الثانية. والنذر هو أن توجب على نفسك ما ليس بواجب لحدوث أمر. الفقه الإسلامي وأدلته. أ. د. الزحيلي: ٤٦٨/٣.

٣ ـ مما يمكن أن يكون معززاً لقول المالكية في إجازة وقف المنافع العرف:

والعرف كما رأينا في تمهيد هذا البحث ليس بعيداً عن فقه الوقف إذ كان بمثابة المصدر الاجتهادي الذي صحبه منذ بداياته، متمثلاً فيما جاء عن الحنفية من إجازتهم لوقف المنقول الذي جرى به العرف والتعامل فقد حدث ذلك رغم تشددهم في تأبيد الوقف، واشتراطهم في الموقوف أن يكون عقاراً.

والعرف في زماننا هذا تحرك كثيراً نحو التعامل في المنافع بفضل تطور الحركة الاقتصادية واتساع دائرة التعامل والتبادل فيها وهي حركة نستطيع أن نقول معها أن نسبة التعامل في المنافع فيها أكثر من التعامل في الأصول، وفي هذا الصدد يقول أحد الباحثين المختصين في مجال الاقتصادم: «أما المنافع فأنواعها الحديثة كثيرة، وإذا كان حق الطريق أو العبور من الحقوق التي عرفها الفقه الإسلامي وفرع عليها، فإنه أيضاً من الحقوق القابلة للتحبيس أو الوقف ومثل حق الطريق في ذلك خدمات أخرى كخدمات نقل الأشخاص ونقل البضائع والعبور المجاني أو بالرسم المخفض على الجسور والطرقات التي توضع لها رسوم عبور...» إلخ[١].

* * *

(١) قضايا فقهية معاصرة في الأوقاف الإسلامية للدكتور منذر قحف على الإنترنت ص: ٨٢.

رابعاً: قضايا تتصل بوقف المنفعة

ما دام أن البحث قد انتهى إلى جواز وقف المنافع حسب رأي المالكية في ذلك مع تعزيزه لهذا الاتجاه بقياس وقف المنافع على الوصية بالمنافع، ومعاملته معاملة نذر المنفعة، وإعمال العرف المعاصر في شأن المنافع وأهميتها وحاجة الناس إليها فإن لزوم هذا الرأي يستدعي بحث بعض القضايا والمسائل التي يثيرها وقف المنافع وهي:

١ ـ الفرق بين وقف المنافع والأعيان.

٢ ـ علاقة وقف المنافع بالتصرف في الرقبة.

٣ ـ طريقة الانتفاع بالمنفعة الموقوفة.

٤ ـ المنافع التي يجوز وقفها.

٥ ـ وقف المنافع بين التأقيت والتأبيد.

٦ ـ صور لوقف المنافع.

وسيتولى البحث النظر في هذه القضايا بحسب ترتيب ذكرها.

١ ـ الفرق بين وقف المنافع والأعيان:

لا شك أن وقف الأعيان هو الأصل، كما أن وقفها يقتضي تبعية المنفعة لها، لأن الأصل محبس وموقوف والمنفعة متصدق بها، وهذا واضح من أحاديث رسول الله ﷺ: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها». كما أنه واضح من خلال تعاريف الفقهاء للوقف «تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة أو تسبيل الثمرة» وأثر هذا الوقف على العين أنه يقطع ويمنع التصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات البيع والهبة وغيرها على القول الراجح المفتى به، وفي حديث سيدنا عمر رضي الله عنه على «أن لا تباع ولا توهب ولا تورث» وعدم جواز التصرف في العين لتستمر في إدرار المنفعة أو الغلة أو الريع الذي يصرف على جهة البر

الدائمة، وهذا يستلزم بالضرورة تبعية المنفعة للعين لأنها ملازمة لها في ذلك كما أنها مقصودة في الوقف فمنع التصرف في العين سببه أن المنفعة هي ناتج العين وعرضها وفي هذا يقرر الفقهاء أن «حيازة المنافع بحيازة أصولها»[١].

ويتفرع هذا المعنى عن ملكية الأعيان من جهة أن الوقف يشترط فيه ملكية الواقف للموقوف ملكية تامة، ومتى ملك الواقف العين فإن ملكه يكون شاملاً لرقبتها ومنافعها، لأن المقصود من شرع الملك هو الانتفاع بالأشياء على وجه الاختصاص[٢]. ويسمى هذا الملك بالملك التام. وهو ملك العين والمنفعة معاً على أن هذا الملك يتغير بفعل الوقف فيغدو الموقوف عليهم مالكين للمنفعة وحدها وهو من باب ملك المنفعة دون العين، وتكون العين على حكم ملك الله تعالى أو على ملك الواقف حسب آراء الفقهاء في ذلك فيكون الملك في الحالين من باب الملك الناقص، على أن المنافع قد تنفك عن العين إذا أوصي بها مستقلة عن العين أو وقفت مستقلة كأن يؤجر شخص داراً ويقفها مدة إجارته لها فهو مالك للمنفعة فقط التي نقل ملكيتها بموجب وقفه للموقوف عليهم. أما العين فعلى ملك المؤجر تعود إليه أو لورثته بعد موته عند انتهاء عقد الإجارة.

وخلاصة القول: أن وقف الأعيان يقتضي الملك التام قبل الوقف، وبعد الوقف تكون المنفعة للموقوف عليهم، وتكون العين على حكم ملك الله تعالى أو ملك الواقف، وفي رأي تكون على ملك الموقوف عليهم[٣].

أما وقف المنفعة مستقلة فهو كالوصية بها من باب ملك المنفعة فقط إلا على رأي من يرى أن الموقوف يكون على ملك الموقوف

---

(١) بحث الحقوق المعنوية للدكتور عجيل النشمي ص: ٢٣٢٢. مجلة المجمع/٥/٣.
(٢) راجع تعاريف الملك في كتاب الملكية في الشريعة الإسلامي للأستاذ الدكتور عبد السلام العبادي: ١/١٥٢.
(٣) راجع تعريف الوقف في تمهيد هذا البحث.

عليهم، فيكون ملكهم حينئذ ملكاً تاماً للعين والمنفعة معا.

٢ ـ علاقة وقف المنافع بالتصرف في الرقبة:

وقف المنافع يمنع مالك العين من التصرف فيها إلى حين انتهاء مدة الوقف، لأن المنفعة موقوفة ووقفها يمنع التصرف في العين التي هي منشؤها وأصلها وهذا تخريجاً على رأي الحنفية في شأن التصرف في العين الموصى بمنفعتها، أما الجمهور فيجيزون لمالك العين التصرف فيها بالبيع ونحوه ويبقى للموقوف عليهم حق الانتفاع بالعين ويستوفونه حتى على ملك المشتري لو بيعت(١).

٣ ـ طريقة الانتفاع بالمنفعة الموقوفة:

تخضع طريقة الانتفاع بالمنفعة الموقوفة ابتداء لشرط الواقف فإن قيد الموقوف عليهم بالانتفاع الشخصي فليس لهم الحق في إجارتها لغيرهم وإنما يستوفون منافعها بأنفسهم، وإن لم يقيدهم بنوع معين من الانتفاع فلهم الاستغلال أو السكنى، وإن قيدهم بالاستغلال فالراجح أن لهم السكنى، لأن من ملَّك غيره السكنى ملكها بنفسه من باب أولى، وقيل: ليس له السكنى(٢) جاء في الذخيرة للقرافي قاعدة: «من ملك المنفعة ملك المعاوضة عليها، ومن ملك أن ينتفع فليس له المعاوضة كسكنى المدارس والربط والجلوس في المساجد والطرق ليس لأحد أن يؤجر مكانه في المسجد والمدرسة والطريق لأنه لم يملك المنفعة بل يملك أن ينتفع بنفسه فقط»(٣).

٤ ـ المنافع التي يجوز وقفها:

المعيار في المنافع التي يجوز وقفها والتي لا يجوز وقفها هو الشروط التي تشترط في الموقوف وهي:

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته أ. د. وهبة الزحيلي: ٩٣/٨.
(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي: ٨٨/٨.
(٣) الذخيرة للقرافي: ٣٤٠/٦.

١ - أن تكون المنفعة متقومة ومعلومة بحسبها علماً ينفي الجهالة التي قد تفضي إلى النزاع.

٢ - أن تكون المنفعة مملوكة للواقف - حين وقفه لها - وخالية من الخيار والتعليق.

٣ - أن تكون مباحة لا معصية فيها.

٤ - أن تكون مقدوراً على استيفائها[١].

وبالجملة فإن تفصيل أحكامها يمكن الرجوع فيها للإجارة، وإلى أحكام الوصية بالمنفعة.

٥ - وقف المنافع من حيث التأبيد والتاقيت:

الأصل في الوقف أن يكون مؤبداً لكن تأقيته جائز عند المالكية وهم القائلون بجواز وقف المنافع والمنقول، قال الإمام مالك في حبس الدنانير لسنة أو لسنتين: «هي حبس للأجل الذي جعلها إليه حبساً»[٢].

كما أقر بوقف ثمرة الحائط سنتين أو ثلاثاً[٣]. وكذلك الإمام أبو يوسف روي عنه القول بالتوقيت[٤]. والمرداوي من فقهاء الحنابلة يصحح وقف الند والصندل وقطع الكافور لشم المريض، وكذلك وقف الطيب للكعبة، ويلزم على وقف هذه الأشياء إجازته لتوقيت الوقف لكنه هو نفسه يصرح ببطلان الوقف المؤقت[٥]. والرملي من الشافعية يجيز وقف

---

(١) راجع بحث «الحقوق المعنوية: بيع الاسم التجاري للأستاذ الدكتور عجيل جاسنم النشمي. ص: ٢٣٢٤. مجلة المجمع: ٣/٥.

(٢) المدونة. كتاب العارية. باب: «عارية الدراهم والدنانير». وقضايا فقهية معاصرة في الأوقاف الإسلامية للدكتور منذر قحف: ص: ٤١.

(٣) المدونة كتاب الزكاة باب زكاة الزرع الأخضر. وقضايا فقهية معاصرة في الأوقاف الإسلامية للدكتور منذر قحف: ص: ٤١.

(٤) فتح القدير: ٢١٤/٦. والمبسوط: ٤٧/١٢. وقضايا فقهية معاصرة في الأوقاف الإسلامية للدكتور منذر قحف: ص: ٤١.

(٥) الإنصاف للمرداوي كتاب الوقف. وقضايا فقهية معاصرة في الأوقاف الإسلامية للدكتور منذر قحف. ص: ٤٩.

البناء أو الغراس في الأرض المستأجرة[1]، والبناء والغراس مؤقت.

وفي شأن تأقيت الوقف يقول ابن شاس المالكي: «حيث قلنا: لا يتأبد. فإنه يرجع بعد انقراض ما جعل فيه ملكاً لمالكه المحبس له، ثم ينتقل إلى ورثته كسائر أملاكه»[2].

وفي كل الأحوال فإن القول بجواز تأقيت الوقف لا يتبع المنافع وحدها، وإنما يتبع المنقولات والمنافع ولهذا جاءت فيه بعض الآراء عن فقهاء من غير المالكية من الذين يجيزون وقف المنقولات كما هو واضح من العرض السابق للآراء في تأقيت الوقف، أما المالكية الذين هم أصل القول بإجازة وقف المنافع فالأمر عندهم بين وواضح لأنهم يقولون بإجازة وقف المنقولات والمنافع، كما يقولون بجواز الوقف المؤقت والمؤبد[3].

٦ ـ صور لوقف المنافع:

الصورة التقليدية المعروفة لوقف المنافع هي وقف العين المؤجرة كأن يستأجر إنسان داراً ثم يوقفها. وقد شاعت هذه الصورة لأن الإجارة من أوسع أسباب ملك المنفعة، وفيما وراء ذلك فإن كل من يملك عيناً لها منفعة أو ثمرة أو غلة فإنه يملك حق وقف تلك المنفعة أو الثمرة أو الغلة على القول بجواز وقف المنافع الذي انتهى إليه البحث، وفي زماننا هذا كثرت المنافع ذات الثقل لكثرة الأعيان نفسها، وتعدد أنواع استغلالها واستثمارها طلباً لمنافعها فمن يملك ـ مثلاً ـ طائرة يمكنه أن يقف منفعة ركوبها للمحتاجين لذلك في مواسم معينة أو من غير تقييد، ومن يملك بساتين يمكنه أن يقف ثمارها على الجهة التي يرى حاجتها لذلك في دورة زراعية محددة أو بإطلاق من غير تحديد، ومن يملك

(١) نهاية المجتاج إلى شرح المنهاج للرملي: ٣٩٣/٥ـ. وقضايا فقهية معاصرة. د. منذر: ص ٤٤.
(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس: ٣٧/٣. ط: دار الغرب الإسلامي.
(٣) محاضرات في الوقف للشيخ محمد أبي زهرة ص: ٩٩. ط: دار الفكر العربي.

شركات لتعبئة المياه أو لمنتجات الألبان في وسعه أن يقف منتجاته في هذا الإطار على من يرى وقفها عليهم وهكذا[1].

* * *

(١) راجع بحث قضايا فقهية معاصرة في الأوقاف الإسلامية للدكتور منذر قحف ص: ٨٢.

توصية

إجازة وقف المنافع عملاً برأي المالكية، وقياساً على جواز الوصية بالمنفعة، وعلى نذر التصدق بالمنفعة، وتلبية للأعراف المعاصرة التي لا تعارض الشريعة في شأن اتساع المنافع وكثرتها وانبساطها وقوتها وأثرها الاقتصادي على أن يؤسس لها الفقه الوقفي المعاصر الذي يحكم الصلة بينها وبين وقف الأعيان ويبين طريقة الانتفاع بها وضوابطه وتأبيد وقفها وتأقيته، بالإضافة إلى توسيع صورها وأنماطها. والله ولي التوفيق.

❋ ❋ ❋

خاتمة البحث

عالج هذا البحث موضوع وقف «الأسهم والصكوك والمنافع» من خلال تمهيد ومبحثين وخاتمة.

تناول التمهيد التعريف بالوقف ووظيفته الخيرية ودوره الاجتماعي، ومن ثم ركز على مرونة الوقف وقابليته للاجتهاد باعتباره تمهيداً لبحث يتناول قضايا وقفية جديدة ومن ثم أبان أن الوقف من أوسع الأبواب الفقهية التي تقوم على الاجتهاد والنظر معتمداً في ذلك على أن كثيراً من مسائله اعتمدت على العرف، والاستحسان، والمصالح المرسلة، والقياس، بل واعتمدت ـ في بعض الأحوال ـ على القواعد الفقهية الكلية سواء كان ذلك في بنية أحكامه أو في ترجيح بعضها في بعض الأحوال التي تستلزم الترجيح وأورد النماذج اللازمة لذلك كله، وفي المبحث الأول تناول قضايا الأسهم والصكوك بادئاً ذلك بالتعريف بها، وبيان أنواعها مع المقارنة بين المصطلحات المالية الدائرة في هذا الإطار، ثم خلص إلى بيان أنواع الأسهم والصكوك التي أجاز مجمع الفقه الإسلامي التعامل بها مع بيان ضوابط ذلك التعامل جاعلاً ذلك مدخلاً للحديث عن حكم وقفها من خلال النظر فيها في إطار شروط الموقوف وآراء الفقهاء ومقرراتهم مخرجاً على ذلك حكم وقفها ثم أتبع ذلك ببيان بعض الأحكام والآثار التي تتوقف على وقف الأسهم والصكوك، والتي تحتاج إلى معالجة تمكن من التوفيق بين طبيعة الوقف وأحكامه، وطبيعة الأسهم والصكوك وأحكامها المالية والقانونبة خالصاً من ذلك كله إلى محاولة إيجاد الصيغة الفقهية المناسبة لهذا الإطار، وانتهى هذا المبحث بالتوصية بإجازة وقف الأسهم والصكوك (التوصية في الصفحة: ٢٩. من هذا البحث).

وفي المبحث الثاني عرف البحث بالمنافع وعرض للعنصر الهام فيها فيما يلي الوقف وهو ماليتها مبيناً رأي الحنفية ورأي الجمهور في

إطار تعريف كل منهما للمال، ثم أورد آراء الفقهاء متمثلاً في رأي المالكية، وعزز هذا الرأي بقياس وقف المنفعة على الوصية بالمنفعة، وحمله على النذر بالتصدق بالمنفعة، والعرف المعاصر الذي وسع من مواعين التعامل في المنافع في ظل النشاط الاقتصادي المعاصر، ثم تناول بعض المسائل التي اقتضت الحال تناولها.

وانتهى إلى التوصية التي يرى مناسبتها لإجازة وقف المنافع (التوصية في الصفحة: ٣٨. من هذا البحث). والله ولي التوفيق والسداد ومنه وبه الإعانة بدءاً وختماً. والسلام.

***

المراجع

١ ـ أثر المصلحة في الوقف ابن بيه. (الأستاذ الدكتور عبد الله بن بيه). مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ١/١٢.

٢ ـ أحكام الوصايا والأوقاف ـ شلبي ـ (الأستاذ الدكتور محمد مصطفى شلبي). الدار الجامعة للنشر ـ بيروت. الطبعة الرابعة: ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

٣ ـ الاستثمار في الأسهم ـ القرة داغي ـ (الأستاذ الدكتور علي محيي الدين القرة داغي). مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٢/٩.

٤ ـ في الأسهم والوحدات الاستثمارية ـ منذر ـ (الأستاذ الدكتور منذر قحف) مجاة المجمع: ٢/٩.

٥ ـ الإسعاف في أحكام الأوقاف ـ الطرابلسي ـ (العلامة برهان الدين بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ علي الطرابلسي. مطبوع بالمطبعة الهندية بالأزبكية بمصر: ١٣٢٠هـ/١٩٠٢م.

٦ ـ الأشباه والنظائر ـ ابن نجيم ـ (زين الدين بن إبراهيم بن نجيم) تحقيق وتعليق عبد العزيز محمد الوكيل. الناشر: مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع: ١٣٨٧هـ/١٩٦٨م.

٧ ـ المرداوي ـ (علي بن سليمان بن أحمد المرداوي) دار إحياء التراث العربي.

٨ ـ الأوقاف والأحباس ـ منيع ـ (الشيخ عبد الله بن سليمان بن المنيع) مجلة المجمع الفقهي: ١/١٣.

٩ ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ـ الكاساني ـ (الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي). الطبعة الثانية دار الكتب العلمية بيروت: ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.

١٠ ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق ـ ابن نجيم ـ (زين الدين بن إبراهيم بن نجيم). دار الكتاب الإسلامي.

١١ ـ تحفة المحتاج ـ ابن حجر الهيتمي ـ (أحمد بن محمد بن علي الهيتمي). دار إحياء التراث العربي.

١٢ ـ التوضيح في حل غوامض التنقيح ـ صدر الشريعة البخاري ـ (عبيد الله بن مسعود المحبوي البخاري الحنفي). طبعة دار الكتب العلمية. ١٤١٦هـ/١٩٩٦م.

١٣ ـ الحقوق المعنوية بيع الاسم التجاري ـ النشمي ـ (الأستاذ الدكتور عجيل النشمي). مجلة المجمع: ٣/٥.
١٤ ـ خلاصة أحكام الوقف في الفقه الإسلامي ـ حسب الله ـ (الأستاذ الشيخ علي حسب الله). مطبعة دار البيان العربي. الطبعة الأولى: ١٣٧٥هـ/١٩٦٥م.
١٥ ـ ديوان الوقف. (الأستاذ الدكتور ناصر الميمان). منتدى قضايا الفقهية الأول بالكويت.
١٦ ـ الذخيرة ـ للقرافي ـ (العلامة شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي). تحقيق: سعيد غراب. طبعة دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: ١٩٩٤م.
١٧ ـ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ـ ابن عابدين ـ (محمد أمين المشهور بابن عابدين). دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ/١٩٩٤م.
١٨ ـ الشرح الصغير على «أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك» ـ الدردير ـ (أحمد بن محمد بن أحمد الدردير). طبعة وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف بدولة الإمارات العربية المتحدة بتعليق د. مصطفى كمال وصفي. طبعة أولى: ١٤١٠هـ/١٩٨٩م.
١٩ ـ الشرح الكبير ـ الدردير ـ (أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الشهير بالدردير) طبعة دار الكتب العلمية بيروت ـ الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ/١٩٩٦م. وطبعة: دار الفكر تحقيق محمد عليش.
٢٠ ـ شرح الكوكب المنير ـ ابن النجار ـ (العلامة محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار). تحقيق أ. د. وهبة الزحيلي. وأ. د. نزيه حماد. مكتبة العبيكان: ١٤١٧هـ/١٩٩٦م.
٢١ ـ شرح القواعد الفقهية ـ الزرقا ـ (العلامة الشيخ أحمد بن محمد الزرقا) طبعة دار القلم بدمشق.
٢٢ ـ صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري ـ البخاري ـ (أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري) طبعة الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم الطبعة الأولى: ١٣١٦هـ/١٩٩٦م. دار أبي حيان.
٢٣ ـ صحيح مسلم بشرح النووي ـ مسلم ـ (الإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري). طبعة على نفقة الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ/١٩٩٥م. دار أبي حيان. وطبعة دار إحياء التراث العربي. بيروت.

٢٤ ـ الصكوك والسندات الاستثمارية ـ أبو غدة ـ (الأستاذ الدكتور عبد الستار أبو غدة). مجمع الفقه الإسلامي. الدورة السابعة عشرة.
٢٥ ـ عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ـ ابن شاس ـ جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس). تحقيق محمد أبي الأجفان وعبد الحفيظ منصور. طبعة دار الغرب الإسلامي. الطبعة الأولى: ١٤١٥هـ/١٩٩٥م.
٢٦ ـ فتح القدير ـ ابن الهمام ـ (كمال الدين بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام). طبعة دار الفكر. الطبعة الثانية.
٢٧ ـ الفروق ـ القرافي ـ (العلامة شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمٰن الصنهاجي المعروف بالقرافي). طبعة دار إحياء الكتب العربية. طبعة أولى: ١٣٢٣هـ.
٢٨ ـ الفقه الإسلامي وأدلته ـ الزحيلي ـ (الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي). طبعة دار الفكر العربي. الطبعة الأولى: ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.
٢٩ ـ فقه الوقف في الإسلام ـ الضرير ـ (الأستاذ الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير). بحث مطبوع على الآلة الكاتبة.
٣٠ ـ قضايا فقهية معاصرة في الأوقاف الإسلامية ـ منذر ـ (الأستاذ الدكتور منذر قحف). على الإنترنت.
٣١ ـ قواعد الأحكام في مصالح الأنام ـ ابن عبد السلام ـ (الشيخ عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام). دار الكتب العلمية بيروت. وطبعة دار القلم أولى: ١٩٩٤م.
٣٢ ـ القوانين الفقهية ـ ابن جزي ـ (أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي). طبعة دار الكتب العلمية بيروت.
٣٣ ـ كشاف القناع عن متن الإقناع ـ البهوتي ـ (منصور بن يونس بن إدريس البهوتي). دار الفكر بيروت. ودار الكتب العلمية.
٣٤ ـ المجموع شرح المهذب ـ النووي ـ (الإمام أبو زكريا محمد بن محيي الدين بن شرف النووي). طبعة دار الفكر.
٣٥ ـ مجموعة فتاوى ابن تيمية ـ ابن تيمية ـ (شيخ الإسلام أحمد بن تيمية). عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع. الرياض: ١٤١٢هـ/١٩٩١م.
٣٦ ـ محاضرات في الوقف ـ أبو زهرة ـ (الشيخ محمد أبو زهرة). الطبعة الثانية. دار الفكر العربي.
٣٧ ـ المدخل الفقهي العام ـ الزرقا ـ (الأستاذ الدكتور مصطفى أحمد الزرقا). طبعة دار الفكر الطبعة التاسعة: ١٩٦٨م.

٣٨ - المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل أفريقيا والأندلس والمغرب - الونشريسي - أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي). نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية.: ١٤٠١هـ/١٩٩١م.

٣٩ - المغني - ابن قدامة - (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الصالحي الحنبلي). طبعة هجر، تحقيق الدكتور عبد الله التركي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو.

٤٠ - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج - الشربيني - (الشيخ محمد الخطيب الشربيني). طبعة دار الفكر، ودار الكتب العلمية.

٤١ - الملكية في الشريعة الإسلامية - العبادي - (الأستاذ الدكتور عبد السلام العبادي). طبعة مؤسسة الرسالة. ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.

٤٢ - المنتقى شرح الموطأ - الباجي - (القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي). مطبعة دار السعادة بمصر.

٤٣ - مواهب الجليل شرح مختصر خليل - الحطاب - (محمد بن محمد بن عبد الرحمٰن الحطاب). طبعة دار الفكر.

٤٤ - الموسوعة الفقهية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت. الطبعة الأولى: ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

٤٥ - الميراث والوصية - البرديسي - (الشيخ زكريا البرديسي). الدار القومية للطباعة والنشر ١٩٦٤م.

٤٦ - الوسيط - الغزالي - (الإمام محمد الغزالي). تحقيق أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر. الطبعة الأولى: ١٤١٧هـ.

٤٧ - الوقف في الشريعة الإسلامية وأثره في تنمية المجتمع - صالح - (الأستاذ الدكتور محمد بن أحمد صالح الصالح). الطبعة: الأولى: ١٤٢٢هـ/٢٠٠١م.

٤٨ - وقف النقود والأوراق المالية - الميمان - (الأستاذ الدكتور عبد الله الميمان). ملتقى الوقف الكويتي[١].

***

(١) راعيت في ترتيب المراجع الترتيب الهجائي.

وقف الأسهم والصكوك
والحقوق المعنوية والمنافع

إعداد
الدكتورة سيتي ماشيطة بنت محمود
رئيسة كلية الشريعة والقانون
والدكتورة شمسية بنت محمد
الأستاذة المشاركة بكلية الفقه وأصوله
الأكاديمية الإسلامية بجامعة ملايا، كوالا لمبور

المقدّمة

الأوقاف مؤسسة حيوية، تطور حياتها طول الأزمان والأماكن، والواقف ينتفع بثواب عمله ولو كان ميتاً كما قال الرسول (ﷺ): «إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له».

وقد اتفق المفسرون بأن لفظ: «صدقة جارية» في الحديث يشير إلى معنى الوقف لا الغير[1] لأن منافع الموقوف تبقى دائمة يذكر الناس صاحبها بالخير والرحمة.

وبالنظر إلى متطلبات الزمن الحاضر وأهمية الوقف، كانت طرق إنشاءه غير محددة على الأموال من العقار والمنقول فحسب، بل له طرق كثيرة متنوعة، وهذا يتفق مع حقيقة الوقف وصفته العملية والاقتصادية والتنموية التي تنفع الأمم كلها.

وفي هذا المقام، سيكون مدار البحث في وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية والمنافع، والتي تؤدي إلى استغلال ثروة أموال الأمة وتحقيق هدف التنمية الاقتصادية المناسبة بالزمن الحاضر.

وقبل أن نستعرض موضوع البحث بالتفصيل، حري بنا أن نُعرف الوقف وما هي أقسامه:

أولاً: تعريف الوقف:

الوقف لغةً: هو الحبس، أو المنع، ويرادفه التحبيس والتسبيل.

وفي الاصطلاح: هو: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه

---

(١) محمد علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار في منتقى الأخبار، الجزء الخامس، دار الفكر، ص ١٢٧.

بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود[1].

ثانياً: أقسام وقف الخير:

والوقف الخيري ينقسم إلى قسمين: وقف العام ووقف الخاص.

وقف العام: هو الوقف الذي لم يعين الواقف مقصوده أو جهة مصرفه. ففي هذه الحالة، يجوز على متوله أو نذيره أن يصرف غلاته وريعه على أي سبيل من سبل البر والخير تقرباً إلى الله تعالى.

وأما **وقف الخاص**: هو الوقف الذي يعين الواقف مقصوده أو جهة مصرفه، مثل أن يقول الواقف: «وقفت هذه الأرض على أن يكون ريعها للفقراء والمساكين». ففي هذا النوع، لا يجوز على متوله أو نذيره أن يحول ريع تلك الأرض إلى غرض آخر غير تلك الجهة المذكورة، كما لا يجوز بيع أو هبة أو إرث أو تملك هذا الوقف بأي وجه من أوجوه التمليك.

وبالنسبة إلى مسألة بيع الوقف، فعلى متوله أو نذيره الرجوع إلى القاضي أو المفتي أو المحكمة للحصول على القرار في ذلك الأمر، فهناك من الفقهاء من أجاز بيع الوقف إذا وجدت المصلحة فيه.

وهناك نوع آخر من الوقف، وهو ما يعرف **بالوقف الذري أو الأهلي**، بحيث يعين الواقف أهله أو نسله أو ذريته كأولاده أو أحفاده أو أمه أو أبيه أو أخواته وإخوته ليكون موقوفاً عليهم.

وقف الأسهم:

إن وقف الأسهم وسيلة من الوسائل التنموية المعاصرة، وإمكانية التعامل بمبدأ الوقف في الأسهم تعود على المجتمع بمنافع كثيرة ومستمرة.

---

(١) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء الخامس، مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٩٦٧، ص ٣٥٨.

تعريف الأسهم: الأسهم جمع سهم، وهو في اللغة يطلق على الحظ والنصيب والشيء من الأشياء، ويجمع على أسهم وسهام وسهمان، والسهمة على وزن غرفة النصيب، والسهم واحد من النبل[(١)].

والمراد بوقف الأسهم هو: حبس أو وقف حصص من الأسهم المملوكة للواقف في شركات الأموال الاقتصادية المستغلة استغلالاً جائزاً شرعاً بجعل غلاتها وريعها مصروفة إلى مقصودها العامة أو الخاصة تقرباً إلى الله تعالى.

والواقف: هو مالك الحصص أو الأسهم أو رأس المال، ويمكن أن يتعدد الواقفين لهذه الأسهم، كما لا يشترط أن يكون كل أصحاب رأس المال يقفون حصصهم، ولكن يجوز بالواحد دون الغير أن يوقف ما يشاء من ملكه.

مبدأ وقف الأسهم:

ومبدأ وقف الأسهم يرجع إلى مفهوم وقف المشاع، فجمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة قالوا بصحة هذا الوقف[(٢)]، ووافقهم الجعفرية والزيدية فيه[(٣)].

---

(١) محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن ٢٠٠١م، ص: ٢٠١.

(٢) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، الجزء السادس، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٢، ص٢٣٨؛ الشيخ سليمان البجيرمي، بجيرمي علي الخاطب، الجزء الثالث، مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١٩٥١، ص٢٠٤؛ برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، الجزء الثالث، مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ص١٤؛ برهان الدين إبراهيم موسى بن أبي بكر ابن الشيخ علي الطرابلسي، الإسعاف في أحكام الأوقاف، دار الرائد العربي، بيروت، ١٩٨١، ص٢٩؛ حلال ابن يحيى بن سلمة الرأي البصري، كتاب أحكام الوقف، مجلس دائرة المعارف العثمانية الكائنة، ص١١٩.

(٣) محمد عبيد عبد الله الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مطبعة الإرشاد، ص٣٩٠.

وأما وقف المشاع للمسجد والمقبرة، اتفق الفقهاء على عدم صحتهما، وهذا لأنه لا يتحقق الوقف فيها إلا بالإفراز والاستقلال، إذ لا يتصور أن يكون المسجد شهراً مسجداً وشهراً آخر اصطبلاً أو خاناً، وكذلك لا يتصور أن تكون المقبرة سنة مقبرة وسنة أخرى بيتاً، ولأن الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى[1].

وبالنسبة إلى موضوعنا هذا، سوف نركز على الوقف التجاري commercial basis إذا لم يوجد أي مانع للتطبيق في هذا النوع من الوقف.

الصور التي يجوز فيها وقف الأسهم ما يلي:

١) وقف الأسهم في شركات الأموال ذات الأنشطة الجائزة شرعاً. وفي هذه الحالة، يجوز للواقف أن يوقف ما يملكه من الأسهم سواء كانت في بعضها أو كلها حسب إرادته. ثم تصرف أرباحها على جهة الوقف عامة كانت أو خاصة أو ذرية تقرباً إلى الله تعالى. وكان هذا النوع من الوقف قد تقدمت به مؤسسة جوهور [Johor Corporation] بماليزيا حيث أوقفة حصصها من الشركات Tiram Travel, KPJ, Healthcare, Kulim, Johor Land بمبلغ مائة مليون من قيمة الحصص التي تملكها هذه المؤسسة. والوقف في هذا المثال يسمى بوقف "Corporate".

٢) وقف أسهم الأمانة [unit trusts] وهي الأسهم التي يملكها الواقف في أية شركة استثمارية ذات نشاط جائز شرعاً. وكما في وقف أسهم الشركات الآنف الذكر، إن أرباح أسهم الأمانة ستصرف أيضاً على جهة الوقف، عامة كانت أو خاصة.

---

(١) نفسه، ص٣٩٠ ـ ٣٨٤؛ ابن الهمام، شرح فتح القدير، الجزء الخامس، الكبرى الأميرية، ببولاق، مصر، ص١٢٣.

مميزات وقف الأسهم:

إن المميزات التي تتمتع بها الأسهم بشكل عام جعلت من هذا النوع من الوقف يتصف بهذه المميزات، ومنها أن هذه الأسهم تمثل قيمة مالية في رأس مال الشركة وأنها قابلة للتداول والتصرف فيها، ولكن إذا كانت الأسهم وقفت، فلها شروط خاصة لا بد من اتباعها كما في مسألة الإبدال والاستبدال التي سنتناولها فيما بعد. ومن المميزات الأخرى أن حياة هذا الوقف لا يتعلق على عمر واقفها، بل تستمر بحيث تكون دائمة ومؤبدة وبحسب عمر وقوة الشركة... وهذا يتفق ويدعم شرط التأبيد كما قاله جمهور الفقهاء لصحة الوقف.

موقف العلماء المعاصرين من وقف الأسهم:

وعند استقراء موقف العلماء المعاصرين نجد أن غالبيتهم قد أباحوا التعامل بهذا النوع من الأسهم، وذلك بناءً على القاعدة الفقهية بأن الأصل في المعاملات الإباحة، وبشرط أن تكون هذه المعاملات وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ومنها أن تكون الأسهم صادرة من شركات ذات أغراض مشروعة، وأن لا يترتب على التعامل بها أي محظور شرعي كالربا والغرر[١] والميسر. ومن العلماء المعاصرين الذين قالوا بذلك هم الشيخ محمود شلتوت، والشيخ علي الخفيف، والشيخ محمد أبو زهرة، والدكتور محمد يوسف موسى[٢]. وأيضاً ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمرة السابع بجدة في الفترة ٧ ـ ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ ـ ١٤مايو ١٩٩٢م بشأن الأسهم في الأسواق المالية ما يلي[٣]:

١) أن الأصل في المعاملات الحل فإن تأسيس شركة مساهمة ذات أغراض وأنشطة مشروعة أمر جائز.

---

(١) محمد عثمان شبير، ص٢١٢ ـ ٢٠٦.

(٢) نفسه، ص٢٠٦.

(٣) نفسه، ص٢١٢.

٢) لا خلاف في حرمة الإسهام في شركات غرضها الأساس محرم، كالتعامل بالربا أو إنتاج المحرمات أو المتاجرة بها.

٣) الأصل حرمة الإسهام في شركات تتعامل أحياناً بالمحرمات، كالربا ونحوه، بالرغم من أن أنشطتها الأساسية مشروعة.

وكذلك الأسهم الموقوفة أيضاً لا بد صيانة الشروط المذكورة لكي تكون وقفاً أو أوقافاً صحيحة للتداول والتصرف بها.

مسألة استبدال الأسهم الموقفة:

قد تكون هناك مصلحة في إبدال أو استبدال الأسهم الموقوفة بأسهم أُخرى ومثال ذلك إذا كانت [performance] الشركة المساهمة لم تعد صالحة للاستمرار فيها أو إذا كان ثمن السهم الموقوف في حالة غير مستقرة، وخصوصاً إذا هبط سعره في السوق بشكل كبير ونتج عن هذا الهبوط خسارة، ففي هذه الأحوال يجوز بيع السهم واستبداله بسهم آخر خيراً منه لنيل الأرباح العالية، ولكي نتجنب الخسارة المستمرة للأيام القادمة.

ويعد الاستبدال من أهم الوسائل التنموية، وليس هناك مانع من قبل الشرع كما ذهب الفقهاء في ذلك، إذ روى الخصاف في أحكام الوقف عن خالد بن أبي بكر حيث قال: رأيت سالم بن عبد الله يبيع العبد من صدقة عمر (رضي الله عنه) إذا رأى خيراً ويشتري غيره[١].

وجدير بالذكر هنا بأن الحديث الذي جاء فيه: «لا يباع ولا يوهب» فمنع البيع الذي فيه تفويت للوقف، ولا يتعرض الحديث لمسألة الاستبدال، إلا للمسجد لأن استبداله لا يجوز[٢].

---

(١) انظر إعلان السنن، ١٣ ـ ١٥٩ الذي نقله محمد خالد سعيد الأعظمي، «تنمية الوقف»، في كتاب الوقف (بحوث مختارة مقدمة في الندوة الفقهية العاشرة لمجمع الفقه الإسلامي في الهند)، إعداد وتقديم من الشيخ القاضي مجاهد الإسلام القاسمي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠١، ص٢١٤.

(٢) نفسه، ص ٢١٥.

كما تجدر الإشارة إلى أن الاستبدال لا بد أن يكون بإذن القاضي أو المفتي إذا رأى في ذلك مصلحة أو منفعة أو ضرورة، سواء كانت جهة الوقف عامة أو خاصة.

ولعل من نافلة القول أن مال البدل، أي: الأسهم الجديدة، يشترط فيها ما يشترط في أسهم الوقف التي سبق ذكرها من حيث موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية.

حكم التصرف في وقف الأسهم في حالة استمرار الخسارة:

إذا تعرضت الأسهم الموقوفة إلى خسارة مستمرة، فعلى نذيره أو متوله في هذه الحالة وللضرورة أن يسرع باستبدال[1] هذه الأسهم بحيث تباع الأسهم ثم يشترى أسهم أخرى من شركات مساهمة ناجحة أخرى. فلا يجوز لمتولي أسهم الوقف أن يدع هذه الأسهم تستمر في الخسارة حتى تضيع وتستهلك مال الوقف كله، فهذا يدخل في مسؤوليات النذير أو المتولي بأن يحافظ على أصول وغلاة الوقف وأن يحتط لها وأن يعمرها ويصلحها ويصونها.

وفي حالة، إذا كانت [performance] سوق الأسهم في ذلك الوقت غير صالحة للاستثمار، فعلى النذير أو المتولي أن يشتري عقاراً بدل أصل السهم المنقول لما فيه من احتياط أفضل كون العقار ثابت ودائم النفع، لا سيما أن الفقهاء كلهم يتفقون بصحة وقف العقار.

مسألة انتهاء وقف السهم وكيفية التصرف في العائد وملكية الأسهم في حالة تصفية الشركة أو المؤسسة:

ذكرنا آنفاً بأن حياة الشركات المساهمة كثيراً ما تكون دائمة مؤبدة، ولكن من الممكن أن يتم تصفية هذه الشركات. ففي هذه الحالة، كيف

---

(١) للمعلومات الدقيقة في الاستبدال انظر: محمد عبيد عبد الله الكبيسي، ص٩ - ٥٦.

يتم التصرف بالعائد؟ فالجواب راجعاً إلى أقوال الفقهاء في مسألة انقراض الموقوف عليه أو انقطاع جهته أو انتهاء الوقف.

وفي الحقيقة، للفقهاء أراء مختلفة في هذه المسألة. ذهب الشافعية بصرفها (يعني: العائد) إلى أقرب الناس إلى الواقف(١) ويرى الحنابلة أنها ترجع إلى ورثة الواقف أو تكون وقفاً على أقرب عصبة للواقف أو الفقراء والمساكين أو بيت المال(٢). وأما الحنفية فيرى الإمام أبو حنيفة بعودها إلى ملك الواقف إن كان حياً وإلى ملك ورثته إن كان ميتاً. وهذا أيضاً ما رآه الإمام مالك(٣). وأما الإمام يوسف، قال بأنها تصرف إلى الفقراء عند انقراض الموقوف عليه أو انقطاع جهتها(٤).

ويبدو لنا، أن قول الإمام أبي يوسف أصح بالاتباع لما فيه من استمرار وتأبيد للوقف لمصلحة الفقراء والمساكين. وهذا أيضاً يتفق مع طبيعة الوقف التي هي صدقة جارية كما عرفناها من قبل، والشرع يعتبر الفقراء والمساكين المصرف الأساسي للصدقات وأعمال الخير.

وقف الحقوق المعنوية:

يعتبر وقف الحقوق المعنوية من الصور الجديدة التي تتناسب مع متطلبات العصر وهو من الوسائل الحديثة في عمل الخيرات. فوقف هذا النوع من الحقوق لم يكن معروفاً لدى الفقهاء الأوائل، وإنما ظهر نتيجة التقدم في المجال العلمي والثقافي والاقتصادي. وهذا البحث يتعلق بشيء غير مادي ويمكن أن يكون من الإنتاج الذهني كحق المؤلف في المصنفات العلمية والأدبية أو براءة الاختراع في المخترعات الصناعية،

---

(١) محمد ابن جماعة، التنبيه، ص٨٤. انظر أيضاً: الشيخ سليمان البجيرمي، ص٢١٠.

(٢) ابن قدامة، ص٢١٤ ـ ٢١٧.

(٣) وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، سورية، دمشق، ١٩٨٧، ص ٢٠٥.

(٤) محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، الجزء الرابع، دار الفكر، ١٩٦٦، ص٣٤٠، ابن الهمام، ص٤٨.

أو ثمرة لنشاط تجاري يقوم به التاجر لجلب العملاء كما في الاسم التجاري والعلامة التجارية.

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة المنعقدة في الكويت في: ١ جمادى الأولى ١٤٠٩ الموافق ١٠ ديسمبر ١٩٨٨م بأن للاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية وحق التأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها، وأصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة يتمول الناس بها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها[1].

ما المراد بوقف الحقوق المعنوية؟

المراد بوقف الحقوق المعنوية هو: حبس أو وقف الحقوق المعنوية المقومة المملوكة للواقف بجعل أثمانها وأرباحها وريعها مصروفة إلى مقصودها العامة أو الخاصة تقرباً إلى الله تعالى.

الحقوق المعنوية التي يجوز وقفها وصورها:

والحقوق المعنوية التي يجوز وقفها هي: حق التأليف والابتكار.

ويكون الوقف بتصريح المؤلف أو المبتكر في استغلال ملكه المعنوي لذلك الغرض، وكثيراً ما نجد من هذه الصور في مقدمات الكتب الموقوفة، مثال أن يقول المؤلف أنه: «يترك حق نشر كتابه أو أي جزء منه صدقة جارية لله تعالى»[2]. أو يمكن أن ينص بتخصيص الناشر كأن يذكر أنه: «يحبس حق النشر والتوزيع لمؤسسة خيرية، مثل دار الأيتام، لله تعالى».

ويجوز للمؤلف أو المبتكر أن يضع أي شرط في صيغه المناسبة لأحكام الوقف، كشرط توزيع الأرباح كلها أو جزء منها أو توزيع حصة ملك المؤلف أو المبتكر إلى جهة خيرية عامة كانت أو خاصة.

---

(١) محمد عثمان شبير، ص ٧٤.

(٢) الدكتور منذر قحف، الوقف في المجتمع الإسلامي المعاصر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر، ١٩٩٨، ص١٣٨ ـ ١٣٩.

ويدخل فيه وقف المؤلف أو المبتكر لمنفعة أهله أو ذريته ويضع بعض الحصة منه للغرض الخيري العام، مثلاً للفقراء أو المساكين أو جهة خيرية أخرى، وهذه الوسيلة أفضل بألا تكون الأرباح الموقوفة دولة بين أشخاص ذرية الواقف فقط.

الانتهاء الحقيقي والحكمي لوقف الحقوق المعنوية:

كما عرفنا أن الحقوق المعنوية لها زمن محدد للحصول على الريع والأرباح التي ينتفع بها المؤلف أو المبتكر. والغالب أن هذا التحديد موجود في القانون كما في ماليزيا، حيث جاء في القانون المسمى بـ "Copyright Act 1987". فالمؤلف له حق فيها بخمسين عاماً بعد موته[١].

فما هو موقف الشريعة الإسلامية من شرط التأبيد أو الدوام للحقوق المعنوية الموقوفة؟ وما هو وضع (status) هذا النوع من الوقف؟ هل هو صحيح أم باطل؟

فالحقيقة لا توجد أقوال للفقهاء في هذه المسألة، لأن الحقوق المعنوية الموقوفة أمر جديد وحديث، ولكن هناك من بحث من الفقهاء عن حقيقة الدوام للوقف، وهي إما أن تكون أبدية (أي: الدوام الأبدي) أو نسبية (أي: الدوام النسبي). فالشافعية يرون بأن المقصود بدوام الانتفاع بالموقوف هو الدوام النسبي لا الأبدي[٢]، فإذا علقت مسألة انتهاء الحقوق المعنوية الموقوفة هذه بمبدأ الدوام النسبي، فالوقف صحيح.

وعموماً يمكن القول، أن رأي الإمام مالك واالمالكية أسهل تطبيقاً

(١) انظر: عارف صالح روسمان، Harta Intelektual Menurut Islam، الجامعة التكنولوجية بماليزيا، سكوداي، ٢٠٠٢، ص١٣٤.

(٢) انظر: الدكتور مصطفى الخن والدكتور مصطفى البغاء، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، الجزء الثاني، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٥، ص٢٢٠.

لأنهم يجيزون الوقف المؤقت توسعة على الناس في عمل الخير. إذن فالوقف هذا صحيح أيضاً.

وقف المنافع:

المنافع هي ما يستفاد من الأعيان كسكنى الدار وركوب السيارة. ويدل على كونها مال بأن طبيعة الإنسان تميل إليها كالأعيان، فيسعى إلى اقتنائها. والعرف العام في الأسواق أيضاً يعتبرها أموالاً. والشارع أعتبرها أموالاً بدليل ما ورد على لسان سيدنا شعيب لموسى عليه السلام، قوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ فَإِنۡ أَتۡمَمۡتَ عَشۡرٗا فَمِنۡ عِندِكَۖ وَمَآ أُرِيدُ أَنۡ أَشُقَّ عَلَيۡكَۚ سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ ٢٧﴾ [القصص، آية (٢٧)] ويتبين من الآية الكريمة أن الخدمة من قبل موسى مقبولة لمهر إحدى ابنتي شعيب للزواج. فالشارع أجاز أن يكون عمل الإنسان (المنفعة) مهراً، والأصل في المهر أن يكون مالاً بدليل قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم مُّحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَۚ﴾ [النساء، آية (٢٤)] إذن، فتكون المنفعة مالاً.

معنى وقف المنافع والفرق بين وقف المنافع ووقف الأعيان:

المراد بوقف المنافع هو: حبس أو وقف منافع الأعيان المتقومة سواء كانت (يعني: الأعيان) مملوكة للواقف أو لغيره تقرباً إلى الله تعالى.

وفي هذا، تكون المنافع هي موضوع الوقف بخلاف الغالب بأن تكون الأعيان هي موضوعه الأساسي.

والأعيان، كما عرفنا وهي تدخل في مفهوم الوقف المبدئي وهي مقصودة للحبس. وأما منافعها، وهي مقصودة للتسبيل في وجوه البر. إذن، فالأعيان والمنافع عنصرين أساسيين لإيجاد الوقف. وهذا أيضاً ما أشار إليه الحديث عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «أصاب

عمر بخيبر أرضاً، فأتى النبي ﷺ فقال: أصبت أرضاً لم أصب مالاً قط أنفس منه فكيف تأمرني به؟ قال: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها». فتصدق عمر أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث...»[(١)].

ووقف المنافع هي الصورة الخلافية بين الفقهاء عندما يكون موضوع الوقف هو المنافع بدون أعيانها. المالكية يرون صحة هذا النوع من الوقف، فمن أستأجر داراً أو عقاراً فله أن يوقف منفعة العين المستأجرة مدة إجارتها[(٢)]. ونجد للشافعية رأيين في وقف المنافع، عند حديثهم في مسألة وقف الكلب المعلم، فمنهم من قال بعدم جواز وقفه لأن الوقف مقصود للتمليك، والكلب لا يملك، ومنهم من قال بالجواز لأن القصد من الوقف المنفعة، وفي الكلب منفعة، فجاز وقفه[(٣)]. وبه قال الزيدية والجعفرية، ومنع غيرهم وقفه[(٤)].

المنافع التي يجوز وقفها وصورها:

تنقسم المنافع التي يجوز وقفها إلى قسمين:

١) منافع الأعيان المملوكة للواقف.

٢) منافع الأعيان الغير مملوكة للواقف.

بالنسبة للقسم الأول: وهي منافع الأعيان المملوكة للواقف يجوز لمالك العين أن يوقف منفعة ماله إلى جهة الوقف، ومثال ذلك إذا ملك شخص داراً، فله أن يوقف منفعة داره للفقراء المحتاجين للسكنى فيه. وكذلك يجوز أن يؤجر الأرض الزراعية المستغلة للأخر ويدفع ريعها

---

(١) انظر: صحيح البخاري، كتاب الوصايا، دار السلام، الرياض، ١٩٩٧، ص٥٦٣.

(٢) انظر: الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الجزء الثاني، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ص٢٩٧.

(٣) أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب، الجزء الثاني، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ص٤٤٠.

(٤) محمد عبيد الكابيسي، ص٣٥٢ ـ ٣٥٣.

وقفاً إلى جهة الخير تقرباً إلى الله تعالى، ومن الأمثلة المعاصرة هو وقف فائدة السهم [dividend of share] المملوكة لمالكها من شركات الأموال الاقتصادية المستغلة استغلالاً جائزاً شرعاً إلى أي وجه من وجوه البر والخير.

أما القسم الثاني: وهي منافع الأعيان الغير مملوكة للواقف، كما في الإجارة، وهبة المنفعة، والوصية بالمنفعة، والعمرى عند من يقول بها[١]. ففي هذه الأحوال، يكون الوقف حسب الزمان المحدد لمالك المنفعة أو عمره أو عمر العين، فيجوز مثلاً للمستأجر أن يوقف المنافع المملوكة له طول زمن الاستئجار كما ذكرت آنفاً، أو طول عمره في ذلك الحين أو مدى وجود العين الصالحة للوقف. وهذا يشبه الوقف المؤقت وفيه خلاف عند الفقهاء، والإمام مالك قال بصحته[٢].

وقف الصكوك:

ليس هناك تعريف خاص بوقف الصكوك إذ يمكن وقفها بصور مختلفة، ولذلك نقول: وقف الصكوك يرجع إلى وقف ما تمثل به الصكوك من الأعيان والمنافع والخدمات وموجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص وقد يرجع إلى وقف عائدة الصكوك.

صور وقف الصكوك:

كما عرفنا أن الصكوك هي[٣]:

«وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري

---

(١) انظر: قحف، ص١٤٧.

(٢) انظر: الصاوي، ص٣٠٠.

(٣) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (٢٠٠٧)، **المعايير الشرعية**، البند ٢ من المعيار الشرعي رقم ١٧ بشأن صكوك الاستثمار.

خاص، وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك وقفل باب الاكتتاب وبدء استخدامها فيما أصدرت من أجله».

وبناءً على هذا التعريف يمكننا أن نقول: إن لوقف الصكوك صوراً عديدة ترجع إلى ما عينه حملة الصكوك عند وقفها. ومن صورها:

أولاً: وقف ما تمثله الصكوك من الأعيان والمنافع والخدمات وموجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص.

وهذا يعني أن حامل الصكوك بعد الوقف ليس مالكاً للأعيان والمنافع والخدمات وموجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص، ولذلك ما نتج عنها من عائد أو ربح يكون موقوفة كذلك.

ثانياً: وقف ما ينتج عن الصكوك من عائد أو ربح.

نفرض مثلاً أن الصكوك تؤسس على عقد شركة وحملة الصكوك شركاء في ملكية مبنى معين، وهذا المبنى مؤجر، فلحملة الصكوك وقف كل الأجرة التي يستحقونها كما لهم كذلك وقف البعض منها، وفي هذه الصورة يكون المبنى مملوك لحملة الصكوك ولكن عائد الصكوك موقوف.

فوائد وقف الصكوك:

من فوائد وقف الصكوك ما يلي:

١ - إنها صدقة جارية تنفع الواقف في الدنيا والآخرة

٢ - إنها طريقة من طرق تنمية الأموال الموقوفة لمنفعة المسلمين في البلاد التي تقع فيها هذه الأموال الموقوفة.

أنوع الصكوك القابلة للوقف:

ما دامت الصكوك تمثل ما صح وقفه فلا مانع من وقفها، ولذلك لا يجوز وقف الصكوك التي تمثل ما لا يجوز وقفه كالديون.

حكم التصرف في الصكوك الموقوفة:

من المتفق عليه أن الأصل العام والقاعدة الكلية في الشريعة عدم جواز التصرف في العين الموقوفة بالبيع والهبة وغيرها من التصرفات المخالفة لمقاصد الوقف. وفي هذا البحث المتواضع نركز على ما يتعلق باستبدال الصكوك. وقد نستفيد كثيراً من مقال الأستاذ الدكتور علي محيي الدين القره داغي وفيما يلي هو ما نورد من مقاله[1]:

من المتفق عليه أن الأصل العام والقاعدة الكلية في الشريعة هو عدم الاستبدال إلا لمسوغ مشروع؛ ولذلك اختلف الفقهاء في جواز استبدال عين الوقف ـ من غير المسجد ـ أو بيعها في حالات نذكر هنا أهمها:

١. حالة الهدم والخراب بحيث تتعذر عمارة الوقف: قال المرغيناني: (وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه، وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته يصرفه فيهما؛ لأنه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف... وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعه بيع وصرف ثمنه إلى المرمة صرفاً للبدل إلى مصرف المبدل)، بل ادعى ابن الهمام أن خروج الوقف عن الانتفاع به ينبغي أن لا يختلف فيه[2]، أي: في المذهب الحنفي، أما إذا انهدمت الدار ـ مثلاً ـ ولم يمكن إعادتها فتباع ويشترى بثمنها مثلها، أو قسط منه ما عدا المسجد[3]، وذهب أحمد إلى أن الدار الموقوفة إذا خربت يباع نقضها ويصرف ثمنها إلى وقف آخر[4].

---

(١) راجع: http://www.islamanline.net/servet/satell.te?c=Article-c&cid =1173695205378&pagename=Zone - Arabic - Shariah%2FSRALayout.

(٢) الهداية مع فتح القدير (٦/٢٤٤ ـ ٢٢٨).

(٣) الغاية القصوى (٢/٦٤٩).

(٤) المغني لابن قدامة (٥/٦٣١).

٢. حالة عدم الانتفاع والاستغناء: قال ابن الهمام: (ومن زيادات أبي بكر بن حامد: أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصيره إذا استغنوا عنه)، وقال أيضاً: (وينبغي للحاكم إذا رفعه إليه ولا منفعة في الوقف أن يأذن في بيعها إذا رآه أنظر لأهل الوقف)(١).

وهذا رأي جمهور الفقهاء حيث قالوا: ويباع كل ما لا ينتفع به فيما حبس فيه من غير المسجد على تفصيل فيه، ومن غير العقار عند مالك حيث لا يباع وإن خرب(٢).

٣. حالة الهجر: وذلك بأن يترك أهل القرية، أو المنطقة وقفهم فيهجر، فعند الحنفية ـ في غير المسجد ـ يعود إلى الواقف، وعند الجمهور يظل وقفاً، وعند أحمد يباع نقضه ويصرف إلى مسجد آخر، إن كان مسجداً أو إلى جهة مماثلة(٣).

٤. حالة رجاء منفعة أكبر: ذهب جماعة من الفقهاء إلى أنه يجوز بيع الوقف إذا رأى الموقوف عليه، أو الناظر للوقف أن غيره أكثر نفعاً وريعاً، فقد جاء في فتح القدير (وروي عن محمد: إذا ضعفت الأرض عن الاستغلال ويجد القيم بثمنها أخرى أكثر ريعاً كان له أن يبيعها ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعاً)(٤)، ولكن بعض علماء الحنفية رجحوا عدم الجواز؛ لأن الواجب إبقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى؛ لأنه لا موجب لتجويزه إذا لم يكن هناك شرط، أو ضرورة، ولا ضرورة في هذا؛ إذ لا تجب الزيادة فيه بل تبقيه كما كان(٥).

وهذا هو رأي جمهور الفقهاء من المالكية(٦)، والشافعية(٧)،

---

(١) فتح القدير (٢٢١/٦).

(٢) يراجع حاشية الدسوقي (٩٠/٤ ـ ٩١)، وروضة الطالبين (٣٥٧/٥)، ويراجع: د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي (٢١٩/٨).

(٣) فتح القدير (٢٣٧/٦)، والمغني لابن قدامة (٦٣١/٥).

(٤) فتح القدير (٢٢١/٦).

(٥) فتح القدير (٢٢٨/٦).

(٦) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٩٤/٤).

(٧) الغاية القصوى (٦٤٩/٢)، والمغني لابن قدامة (٦٣٦/٥).

والحنابلة[١]؛ وذلك لأن الأصل هو تحريم بيع الموقوف، وإنما أبيح لضرورة أو حاجة تنزل منزلة الضرورة، صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع تحقق الانتفاع وإن قل، وبذلك يجمع بين الخيرين وهو أولى من التضحية بأحدهما لحساب الآخر، لكن قال الحنابلة: إذا بلغ الوقف في قلة النفع إلى حد لا يعد نافعاً فيكون وجود ذلك كالعدم فيجوز بيعه وشراء مثيل له يكون أكثر نفعاً[٢]. وهذا الرأي له وجاهته ويتفق مع مقاصد الوقف في الشرع.

٥. حالة الإتلاف: لو أتلف الموقوف عليه وعوض فيشتري ببدله مثله ويقوم مقامه[٣]، وذهب المالكية إلى أن مَنْ هدم وقفاً تعدياً فعليه إعادته إلى ما كان عليه ولا تؤخذ قيمته حتى ولو كان المهدوم بالياً؛ لأن الهادم ظالم بتعديه والظالم أحق بالحمل عليه، أما إذا كان خطأ فعليه قيمته. هذا ما رآه الخليل وغيره، في حين ذهب الدردير وآخرون إلى أن عليه القيمة مطلقاً كسائر المتلفات، وحينئذ تجعل تلك القيمة في عقار مثله يجعل وقفاً عوضاً عن المهدوم، وتكون القيمة معتبرة باعتبار البناء قائماً لا مهدوماً[٤].

٦. حالة حاجة الوقف إلى التعمير أو الإنفاق وليس له مورد: إذا احتاج الوقف إلى التعمير وليس له مورد لذلك، فإن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى جواز بيع جزء من الوقف ليعمّر به بقية الوقف؛ لأنه بدون ذلك يتعطل الوقف كله، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وأما الوقف العام[٥] إن كان حيوانا - مثل الفرس للجهاد - يحتاج إلى نفقة فإن هذه النفقة إن لم يرتبها

---

(١) المغني لابن قدامة (٥/٦٣٤).

(٢) المغني لابن قدامة (٥/٦٣٤).

(٣) فتح القدير (٦/٢٢٨)، ويراجع الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي (٤/٩٢).

(٤) مختصر الخليل مع الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٤/٩٢).

(٥) أي: إذا كان الوقف لجهة عامة، أما الوقف على معين فتكون نفقته على الموقوف عليه، انظر: حاشية الدسوقي (٤/٩٠).

الواقف فعلى بيت المال، فإن عدم، أو لم يمكن الوصول إليه بيع وعوض ببدله سلاح ونحوه مما لا يحتاج إلى نفقة؛ لأنه أقرب لغرض الواقف، كما يباع عندما يصاب الفرس بداء الكلب[1].

٧. الخوف من الغلبة عليه: ذهب جماعة من الفقهاء منهم طائفة من مشايخ الحنفية إلى أنه (إذا خاف المتولي على الوقف من وارث، أو سلطان يغلب عليه، قال في النوازل يبيعها ويتصدق بثمنها قال: (وكذا كل قيم خاف شيئاً من ذلك)، لكن قال ابن الهمام: (فالفتوى على خلافه؛ لأن الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يحتمل البيع، وهذا هو الصحيح)[2]. والراجح أن على الناظر البحث عن أي وسيلة تحمي الوقف حتى ولو كانت عن طريق البيع الصوري.

٨. بيع أشجار الوقف حفاظاً على زيادة الثمرة: جاء في الفتاوى الهندية: (أما بيع أشجار الوقف فينظر إن كانت لا تنتقص ثمرة الكرم بظلها لا يجوز بيعها، وإن كانت تنتقص ثمرة الكرم بظلها ينظر إن كانت ثمرة الشجر تزيد على ثمرة الكرم ليس له أن يبيعها ويقطعها، وإن كانت تنتقص عن ثمرة الكرم فله أن يبيعها، وإن كانت أشجاراً غير مثمرة وتنتقص ثمرة الكرم بظلها فله أن يبيعها ويقطعها، وإن كانت أشجار الدلب والحلان ونحوه مما إذا قطع ينبت ثانياً وثالثاً جاز قطعها وبيعها)[3]، وهذا يدل على أن العبرة بما هو الأصلح للوقف.

٩. حالة الاشتراط: وذلك بأن يشترط الواقف عند الوقف أن يكون له أو للقيم حق الاستبدال بوقف آخر إذا شاء ذلك، وكذلك لو

(١) فتح القدير (٢٨٨/٦)، وحاشية ابن عابدين (٣٧٦/٣)، وحاشية الدسوقي (٩٠/٤)، وروضة الطالبين (٣٥٦/٥ ـ ٣٥٧)، والمغني (٦٣٢/٥).
(٢) فتح القدير (٢٢١/٦)، والفتاوى الهندية (٤١٧/٢).
(٣) الفتاوى الهندية (٤١٧/٢).

اشترط أن يبيعها ويشتري بثمنها أرضاً أخرى، وهذا مذهب أبي يوسف وهلال والخصاف من الحنفية، حيث يصح الوقف والشرط معاً، وذهب محمد إلى أن الوقف صحيح والشرط باطل، قال ابن الهمام: (وليس له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانياً لانتهاء الشرط بمرة إلا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائماً، وكذا ليس للقيم الاستبدال إلا أن ينص له بذلك)... وفي فتاوى قاضيخان: (قول هلال، وأبي يوسف هو الصحيح؛ لأن هذا شرط لا يبطل الوقف؛ لأن الوقف الانتقال من أرض إلى أرض... وإذا كان حاصلة إثبات وقف آخر لم يكن شرطاً فاسداً هو اشتراط عدم حكمه وهو التأبيد، بل هو تأبيد معنى)[1]، بل إن قاضيخان ذكر الإجماع على ذلك فقال: (وأجمعوا على أن الوقف إذا شرط الاستبدال لنفسه يصح الشرط والوقف ويملك الاستبدال، أما بلا شرط أشار في السير إلى أنه لا يملكه إلا بإذن القاضي)[2].

وبمثل قول محمد قال جماعة من الفقهاء منهم الظاهرية؛ لأنه شرط ليس في كتاب الله فيكون باطلاً في نظرهم[3]، وبمثل قول أبي يوسف قال المالكية حيث أجازوا اشتراط بيع الوقف إن احتاج إليه الواقف ويعمل بشرطه[4].

وبناءً على ما بينه القره داغي، نستخلص بأن الصكوك الموقوفة لا يجوز التصرف فيها إلا بمسوغ شرعي فقط.

* * *

(١) فتح القدير (٦/٢٢٨)، ويراجع الفتاوى الهندية (٢/٣٩٩).
(٢) فتح القدير (٦/٢٢٨).
(٣) المحلى (١٠/١٨٨).
(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٨٩).

الخاتمة

قد عرضنا الطرق المتنوعة المعاصرة لإيجاد الوقف من الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية والمنافع، وكلها أُخذت من القواعد المتينة والمبادئ الرصينة في الشريعة الإسلامية، ومن أقوال الفقهاء القديمة والحديثة، وبعضها مؤيد بالقرار من مجمع الفقه الإسلامي، ونحن نرى أن هناك فوائد كثيرة عند تطبيق تلك المبادئ في تكوين الوقف، مما يؤدي إلى انتفاع الأمة بثرواتها العظيمة، إلى جانب ترغيبها على أعمال البر والخير رجاء الفلاح في الدنيا والآخرة. وعلى هذا الأساس، يتحقق للمؤسسات الوقفية التنمية الاقتصادية والاجتماعية للوصول إلى بناء الأجيال الصالحة. ونحن ندعو المؤسسات التي تدير أحوال الوقف للجوء إلى هذه القواعد الحديثة للحصول على المنافع المذكورة.

والله أعلم.

إعداد:

١ ــ الأستاذة المشاركة الدكتورة

سيتي مشيطة بنت محمود

رئيسة كلية الشريعة والقانون

الأكاديمية الإسلامية بجامعة ملايا، كوالا لمبور

والمقالة عن وقف الصكوك إعداد

٢ ــ الأستاذة المشاركة الدكتورة

شمسية بنت محمد

كلية الفقه وأصوله

الأكاديمية الإسلامية بجامعة ملايا، كوالا لمبور

١ ديسمبر ٢٠٠٨م

* * *

وقف الأسهم والصكوك
والمنافع والحقوق المعنوية
التأصيل ـ التطبيق ـ الأحكام

إعداد
د.عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته
قسم الشريعة والدراسات الإسلامية ـ كلية الآداب
جامعة الملك عبد العزيز ـ جدة

مقدّمة

الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين، وصلى الله وسلم وبارك على عبده ورسوله سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فقد كشف تأمل التاريخ الاقتصادي والحضاري والعلمي لنظام الوقف في الإسلام = أن اجتهادات الأئمة الفقهاء في بيان المال الذي يسوغ وقفه ويصحُّ كونه محلاً للوقف = اتسمت بالتوسع والمدّ؛ لتشمل في كل دورةٍ حضاريةٍ، أنواعاً جديدةً من الموقوفات والأحباس.

فالوعاء الاقتصادي لما يصحُّ وقفه وتحبيسه: بدأ بالأموال الثابتة، من الأراضي والعقار، ثم اتسع ليشمل وقف الأموال المنقولة، ثم دخل «وقف النقود»، وما يجري به العرف، ولو كان مما يستهلك.

ثم استحال الوعاء غَرْباً، فامتدَّ ليشمل كلَّ مملوكٍ، متموَّلٍ عرفاً، متقوَّمٍ شرعاً، فشمل وقف الحصص والأسهم، ووقف الصكوك المباحة، ووقفَ المنافع والحقوق المعنوية، والوقف الجماعي المشترك.

وبدعوةٍ كريمة مقدَّرةٍ مشكورةٍ من معالي الأمين العام لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الأستاذ الدكتور عبد السلام العبادي حفظه المولى، للكتابة في موضوع:

«وقف الأسهم والصكوك، والمنافع، والحقوق المعنوية»

جرى إعداد هذا البحث، تحت هذا الموضوع، من خلال المذاهب الفقهية، ونصوص الفقهاء، ومقاصد الشريعة، وعلل الأحكام، والاعتبار، وتأصيل ذلك، وذكر الصور والتطبيقات، والتعرُّض لبعض مشكلاته، ومحاولة الإجابة الراشدة عليها.

أحمد الله سبحانه وتعالى على ما وفَّق وهدى. اللَّهم أنت المرجوُّ

المسئول أن تبلِّغنا أملنا، وتصلح قولنا وعملنا، وتجعل سعينا مقرِّباً إليك، نافعاً برحمتك لديك. اللهم اغفر لي ولوالدي ولمشايخي ولمن له حقٌّ علي، ولجميع المسلمين. اللَّهم صلِّ وسلم وبارك على عبدك ورسولك نبينا وسيدنا محمدٍ وعلى آله وصحبه أجمعين.

وكتبه:

د.عادل بن عبد القادر قوته

قسم الشريعة والدراسات الإسلامية

جامعة الملك عبد العزيز ـــ جدة

ليلة الخميس ١٠ صفر ١٤٣٠هـــ

٥ فبراير ٢٠٠٩م

* * *

تمهيدٌ في بيان
شذرةٍ من المقاصد والمبادئ الشرعية في عقد الوقف

١ ـ من الضروري المقرَّر: أن حفظ الأموال من قواعد كليات الشريعة، وأن نظام نماء الأموال، وطرق دورانها ترجع إليه جملة مسائل التشريع المالي.

والمقصد الأهم في ذلك كلِّه = حفظ مال الأمة وتوفيره لها، وحصوله حفظه يكون بضبط أساليب إدارة عمومه، وبضبط أساليب حفظ أموال الأفراد، وأساليب إدارتها؛ فإن حفظ المجموع يتوقف على حفظ جزئياته.

فالمال الذي يتداول بين الأمة وينظر إليه على وجه الجملة، حقٌّ للأمة، عائدٌ عليها بالغنى عن الغير.

ومن شأن الشريعة أن تضبط نظام إدارته بأسلوبٍ يحفظه موزَّعاً بين الأمة قدر المستطاع، وأن تعين على نمائه في نفسه أو بأعواضه، بقطع النظر عن كون المنتفع به مباشرةً أفراداً خاصة، أو طوائف أو جماعاتٍ صغرى أو كبرى.

ومن أهم جهات توازن الأمم في السلطان على هذا العالم: جهة الثروة، فبنسبة ثروة الأمم إلى ثروة معاصريها من الأمم تعدُّ الأمة في درجةٍ مناسبةٍ لتلك النسبة في قوتها، وحفظ كيانها، وتسديد مآربها، وغناها عن الضراعة إلى غيرها[1].

٢ ـ عقود التبرعات قائمةٌ على أساس المواساة بين أفراد الأمة، الخادمة لمعنى الأخوة، فهي مصلحة حاجيةٌ جليلةٌ، وأثر خلقٍ إسلاميٌ جميلٍ، فبها حصلت مساعفة المعوزين، وإغناء

---

(١) ١: مقاصد الشريعة/للإمام ابن عاشور: ٤٥٥ ـ ٤٥٦، مجموعاً باختصار.

المقترين، وإقامة الجمّ من مصالح المسلمين.

ورأس عقود التبرعات وأبعدها مدًى وأثراً وعائدةً هي الأوقاف والحُبُس، فالمقصود منها: التمليك والإغناء، وإشاعة البرّ والمعروف، وإقامة المصالح العامة للأمة.

٣ ـ ومن مقاصد الشريعة في الأوقاف والحُبس:

التكثيرُ منها لما فيها من المصالح العامة والخاصة، ودلَّت أدلة الشريعة على الترغيب فيها. فجعلتها من العمل غير المنقطع ثوابه بعد الموت: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقةٍ جارية . . . الحديث» (مسلم: ١٦٣١).

والصدقات الجارية والأوقاف التي كانت في زمن النبي ﷺ وزمن أصحابه ﷺ كثيرةٌ، انتفع المسلمون بآثارها.

٤ ـ التوسُّع في وسائل انعقادها حسب رغبة المتبرِّعين، ووجه هذا المقصد: أن التبرُّع بالمال عزيزٌ على النفس، فالباعث عليه أريحيةٌ دينيةٌ، ودافعٌ خلقيٌّ عظيم، وهو مع ذلك لا يسلم من مجاذبة شح النفوس تلك الأريحية وذلك الدافع في خطراتٍ كثيرة ﴿ٱلشَّيْطَٰنُ يَعِدُكُمُ ٱلْفَقْرَ﴾ [البقرة: ٢٦٨]. وفي التوسُّع في كيفية انعقاد التبرُّعات خدمةٌ للمقصد الأول من التكثير منها(١).

٥ ـ عقود التبرُّعات لا يؤثر في صحتها الجهالة، ولا يجتنب فيها الغرر، وتقرير ذلك:

أن ما يجب تجنب الغرر والجهالة في إنشائه من التصرفات هو عقود المعاوضات، والتصرفات التي يقصد بها تنمية الأموال وتحصيلها.

وأن ما هو إحسانٌ صِرْفٌ لا يقصد به ذلك ـ هو عقود التبرعات ـ فاقتضتْ حكمة الشرع وحثُّه على الإحسان: التوسعة فيه بكلِّ طريق،

---

(١) ٢، ٣، ٤: مقاصد الشريعة/ابن عاشور، ٤٨٧ ـ ٤٩٢ باختصار، وقد عرَّف المواساة بأنها: «كفاية حاجة محتاج الشيء، مما به صلاح الحال»، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام/ابن عاشور: ٢٢١.

بالمعلوم والمجهول، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً، وفي المنع من ذلك وسيلةٌ إلى تقليله.

وأيضاً: أن هذه التصرفات من التبرعات، إن فاتت على مَن أُحسن إليه بها لا ضرر عليه، فإنه لم يبذل شيئاً مقابلها.

بخلاف المعاوضات: إذا فاتت بالغرر والجهالة ضاع المال المبذول في مقابلتها(١).

٦ ـ مما ينبغي التذكير به، واستصحابه ـ هنا في هذا الموضوع ـ أن موضوع الوقف في حقيقته وطبيعته: معقول المعنى، وهو في آثاره ونتائجه: مصلحيُّ المقصد والغرض.

وعليه: فإن معظم أحكام الوقف اجتهاديةٌ، للرأي فيها مجالٌ، وللنظر فيها وفي تجديدها مدًى وسبحٌ طويل.

وجملة أحكام الأوقاف الفقهية، منها: ما أخذ من النصوص العامة التي تأمر بالإنفاق في سبل الخير، وبصيانة الحقوق وأداء الأمانات، ومنها: ما استنبط من بعض نصوص السنة القولية أو العملية.

ومنها ـ وهو الأغلب الأكثر ـ: أحكامٌ بُنيتْ على القواعد الفقهية العامة، بطريق القيام على أشباهها في العلل، أو على المصالح المرسلة المبتدئة، أو على الأعراف والعوائد وأنواع التعامل(٢).

تعريف الوقف:

لعلَّ أسلم التعريفات لحقيقة الوقف، وبيان طبيعة عَقده، وأكثرها صلوحاً لغرض هذا البحث ومقصده، من التحقيق لفقهه والمدِّ لأثره = هو أحد التعريفين التاليين:

---

(١) انظر: الفروق: ١/٣٤٧ ـ ٣٤٨، الفرق: ٢٤، البهجة شرح التحفة: ٢/٢٥٠، الغرر وأثره في العقود: ٥٨٥ ـ ٥٨٦.

(٢) انظر: إعمال المصلحة في الوقف/سيدي العلامة الشيخ عبد الله بن بيه: ١٨، أحكام الأوقاف/الزرقا: ١٩ ـ ٢٠، مع تصرُّفٍ واختصار.

أ ـ «تحبيس الأصل، وتسبيل الثمرة»[1]:

التحبيس: الإمساك، من الحَبْس وهو المنع، **والأصل** : ما يصحُّ وقفه، من ذات = عين، أو منفعة، ومن كلِّ متموَّلٍ يمكن الانتفاع به، مباحٍ في الشرع، ويكون المراد **بالأصل** ـ هنا ـ ما هو أعمّ من أن يكون ماديّاً حقاً عينياً، أو معنوياً، من كلِّ مالٍ متقوِّمٍ.

التسبيل: إطلاق فوائد الأصل الموقوف، من ريعٍ وغلةٍ ونفعٍ وعائدةٍ، ونحو ذلك، وهي المعبَّر عنها **بالثمرة** في هذا التعريف.

وفي هذا التعريف الجمع بين لفظتي التحبيس والتسبيل، الواردتين في قوله الكريم ﷺ لعمر ﷺ: «احبس أصلها، وسبِّل ثمرتها»[2]. والمراد بيان حالتي الابتداء والإنشاء، والاستمرار والدوام؛ فإن حقيقة الوقف ابتداءً: تحبيسه، ودواماً: تسبيل منفعته.

ب ـ «حبس متموَّلٍ مباحٍ، ولو لمدةٍ، على المقاصد المعتبرة»[3]:

الحبْس: المنع، يقال: حَبستُ أحبس حبساً، وأَحبستُ أحبس أحباساً، أي: وقفتُ، فهو محبَّسٌ وحبيسٌ، يقع على كلِّ شيءٍ وقفه صاحبه وقفاً محرَّماً، والجمع: حبائسُ وأحباسٌ وحُبُس.

---

(١) هذا التعريف للإمام الموفق في المغني (١٨٤/٦)، وعرَّفه في المقنع بقوله: «... وتسبيل المنفعة» (المقنع مع الشرح والإنصاف: ٣٦١/١٦) وهو التعريف الذي اختاره وانتهى إليه د.محمد الكبيسي في كتابه أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، بعد استعراضه جملة تعريفات المذاهب ومناقشتها (٨٥/١ ـ ٨٨).

(٢) هذه رواية النسائي (٢٣٢/٦) وابن ماجه (٢٣٩٦)، وأصل الحديث متفقٌ عليه من حديث سيدنا عمر ﷺ، البخاري (٢٧٣٧)، مسلم (١٦٣٢)، وانظر: فتح الباري: ٤٠٠/٥ ـ ٤٠١.

(٣) هذا التعريف من إنشاء راقم هذا البحث، مقتبساً من جملة ما وقفتُ عليه من تعريفات، مشيراً إلى الأقوال المرجَّحة، من اتجاه الموسِّعين فيما يصحُّ وقفه، وفي شرح التعريفين السابقين ـ انظر: المصادر السابقة، مطالب أولي النهى: ٢٧١/٤، حاشية ابن قاسم على الروض: ٩٧/٤ ـ ٩٨، حاشية الدسوقي: ٧٦/٤، شرح منح الخليل: ٣٤/٤.

متموَّلٍ: أي جرى العرف بعدِّه مالاً، **مباحٍ**: أي أن الشرع أباحه، أو لم يأت بالمنع منه.

ولو لمدَّة: ليدخل فيه صحة الوقف المؤقت، ويأتي تفصيله.

المعتبرة: أي المعتبرة شرعاً، على اختلاف وتنوع جهات البرِّ وصنائع المعروف.

هذا. ويندرج في التعبير بـ «**الأصل**» في الحدِّ الأول، **والمتموَّل المباح** في الثاني: وقفُ الأسهم والصكوك والمنافع والحقوق المعنوية؛ لأن لها غلَّةً وريعاً، ولأنَّ لها معنًى اعتبارياً في حكم الأصل؛ فإن أثر الملك الأول ـ وهو القدرة على التصرُّف ـ قائمٌ فيها، وهي مما يعبَّر عنه بـ «**المنقولات المعنوية**» أو «**القيم المنقولة**».

ضابط ما يصحُّ وقفه = حدُّ المال الموقوف[1]:

المبدأ الفقهي المقرَّر: أن محلَّ التصرف المشروع ينبغي أن يكون قابلاً لثبوت حكم التصرف المراد وأثره، ومقاصد الشرع منه.

وبناءً عليه: كانت الشرائط المطلوبة في المال الموقوف تُستمد من الحكم المترتب على الوقف ومقاصد الشرع فيه، التي عبر عنها أوضح تعبيرٍ وأوفاه، قوله الكريم ﷺ: «احبس أصلها، وسبِّل ثمرتها».

واستصحاباً لمقصد هذا البحث، ورعياً لما سبق، فإن أوسع المذاهب الفقهية في بيان ما يصحُّ وقفه ـ هو المذهب المالكي ـ وقد ذكرت مدوَّناتُه جملة تعريفاتٍ وحدودٍ لما يصحُّ وقفه[2] ـ لعل أوجزها

---

(١) في تفصيل المذاهب والاختيارات، انظر: حاشية ابن عابدين: ٣/٣٧٠ ـ ٣٧٥، شرح فتح القدير: ٥/٣٥ ـ ٣٧، روضة الطالبين: ٥/٣١٤ ـ ٣١٥، مغني المحتاج: ٢/٣٧٧، كشاف القناع: ٤/٢٤٣ ـ ٢٤٤، وجملة ذلك، مع مناقشته في: أحكام الوقف/الكبيسي: ١/٣٥١ ـ ٣٩٢، والموسوعة الفقهية: ٢٤/١٦١ ـ ١٧٢، وانظر أيضاً المصادر الآتية.

(٢) أشهرها تعريف الإمام ابن عرفة، انظره مع شرح الرصاع على حدوده: ٢/٥٣٩ ـ ٥٤٢، راجع مناقشته في المصادر الآتية.

وأجمعها، وأسلمها من الانتقاد، إضافةً إلى نصاعته ووضوحه ـ هو التعريف التالي:

«الموقوف: ما مُلِكَ»[1]

وبيان ذلك: أن ما يصحُّ وقفه هو كلُّ ما يملك، سواءٌ أكان من الذوات = الأعيان، من أرضٍ، أو دارٍ، أو حانوتٍ، أو قنطرةٍ، أو مصحفٍ، أو كتابٍ، أو ثيابٍ، أو دابةٍ، وكذا ما يجعل مسجداً أو رباطاً أو مقبرةً، ويصحُّ أيضاً: وقف المثليات، ووقف الطعام، ووقف النقود: للسلف، إن احتاج إليه محتاجٌ، وينزل ردُّ مثله أو بدله منزلة بقاء عينه، وأيضاً: يصحُّ وقف كلِّ ما مُلِك، ولو كان ذلك المملوك مما لا يجوز بيعه، ويمثَّل له: بجلد الأضحية وكلب الصيد والعبد الآبق. وأيضاً: ولو كان ذلك المملوك جزءاً مشتركاً شائعاً، فيما يقبل القسمة[2].

وشمل قوله: «**ما مُلِك**»: التعليق، كإن ملكت دار فلانٍ فهي وقفٌ.

وأراد بـ «**ما مُلِك**»: ملك الذوات ـ كما سبق ـ وملك المنافع: سواءٌ أكانت منفعة عينٍ يملكها الواقف، كتحبيسه منفعة داره، أم كانت

---

(١) هذا التعريف المختار هو للعلامة الدردير في متنه أقرب المسالك: ١٦٥، وفي شرح هذا التعريف انظر: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي: ٤/٩٧ ـ ١٠٢، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٤/٧٥ ـ ٧٧، البهجة شرح التحفة: ٢/٢٢٤ ـ ٢٢٥، شرح منح الجليل: ٤/٣٥ ـ ٣٨، الفواكه الدواني: ١/٢٤٤، ٢٢٥، ٢٢٧، وما كتب على قول صاحب المختصر: «صحّ وقف مملوكٍ ... ولو حيواناً ورقيقاً ...، وفي وقف كطعامٍ تردّدٌ» ص٢٨٥.

(٢) ويجبر عليها الواقف إن أرادها الشريك، وأما ما لا يقبل القسمة ففيه قولان مرجَّحان، وعلى الصحة: يجبر الواقف على البيع إن أراد شريكه، هل يجبر على جعل الثمن في مثل وقفه، أو لا يجبر على ذلك؟ قولان، انظر: الشرح الكبير مع الدسوقي: ٤/٧٦، وحاشية البناني على شرح الزرقاني: ٧/٧٤، ومذهب الجمهور صحة وقف المشاع، على تفصيلٍ في ذلك، انظر: الموسوعة الفقهية: ٤٤/١٦٩ ـ ١٧٢، ويأتي أيضاً.

منفعة عينٍ لا يملكها الواقف، كمن استأجر داراً مدةً معلومة، فله وقف منفعتها في تلك المدة، وينتهي الوقف بانتهائها؛ لأنه لا يشترط في الوقف التأبيد، كما يأتي، ولو اتخذ الموقوف مسجداً، ففي المدونة: «ولا بأس أن يُكرِي أرضه أن تتخذ مسجداً عشر سنين، فإذا انقضتْ كان النُّقض للذي بناه»[1].

هذا. وقد نبَّه العلامة الفقيه الشيخ محمد أبو زهرة إلى أن مذهب مالك بيع الهواء = أي: الفراغ، فوق أرضٍ أو فوق البناء.

وعليه: هل يجوز وقف الهواء في مذهب مالكٍ، وأجاب: «الظاهر أنه يجوز، وتكون منافع البناء مقسومةً بين مالك الأرض، والجهة الموقوفة عليها الأرض، والوقف الذي يتبعه البناء، وإذا كان في الموضوع نظرٌ فهو من جهة القبض، فإذا أمكن تمام القبض في هذا فإن الوقف يجوز»[2].

ومن نصوص الأئمة واختياراتهم، التي تشهد لهذا الاتجاه الموسِّع، فيما يصح وقفه:

١ - قول الإمام الفقيه الكبير محمد بن الحسن الشيباني - رحمه الله تعالى -: «ما تعارف الناس وقفه من المنقول فإنه يجوز؛ استحساناً، وما لم يتعارف الناس وقفه لا يجوز»[3].

---

(١) أي: فالمكتري يوقفها مسجداً، فإذا انقضت العشر سنين، كان النُّقض، أي: البناء المنقوض إذا هدم، للذي بناه، وظاهره: يفعل به ما شاء؛ لكون الوقف انتهى أجله، فلا يعطى حكم أنقاض المسجد المؤبدة، ونصُّ المدونة نقله في الشرح الصغير: ١٠١/٤، وشرح منح الجليل: ٣٦/٤.

(٢) محاضرات في الوقف ص ١١٨، ومذهب مالك هو صحة بيع الهواء، وبيع الهواء فوق الهواء، انظر ما كتب على قول صاحب المختصر ص١٨٩: «وهواءٍ فوق هواءٍ، إن وصف البناء».

(٣) هناك نصوصٌ متعددةٌ عن الإمام محمد في هذا التأصيل، انظر: المبسوط: ٤٥/١٢، والهداية: ٩٢٧/٢، وجملتها في الرسالة القيمة في جواز وقف النقود، لشيخ الإسلام في عصره أبي السعود العمادي: ٢٤ - ٢٧، وعلَّق عليها بقوله: «ولا يخفى على أهل الإنصاف أن كلمة «ما» الواقعة في عبارة الإمام محمد -=

٢ - قول الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - لما سئل عن وقف الماء، فقال: «إن كان شيئاً قد استجازوه بينهم جاز ذلك»[(١)].

٣ - ومن اختيارات شيخ الإسلام الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - في ذلك:

- «**كلُّ عين تجوز عاريَّتها يصحُّ وقفها**»[(٢)]، وبناءً عليه، قال بصحة الوقف فيما يلي:

. يصحُّ وقف الكلب المعلَّم والجوارح المعلَّمة.

. وقف ما لا يقدر على تسليمه.

. وقف الدهن على المسجد ليوقد فيه، والريحان، ومثلُه: كلُّ طيبٍ؛ ليشمه أهل المسجد[(٣)].

= رحمه الله تعالى - ليست عبارةً عن بعض المنقولات المعهودة ولا مخصَّصة بما ذُكر في الأمثلة، بل هي محرابٌ على عمومها، حسب عموم ما وقع في حيِّز الصلة من التعارف والتعامل.

وتخصيص بعض أمثلة الجواز بالذكر ليس لحصر القول بالجواز، كما أن إفراد بعض أمثلة عدم الجواز بالإيراد ليس لحصر القول بعدم الجواز عليها قطعاً، بل المراد توضيح حال القسمين بالتمثيل، على حسب ما اتفق في عصره من التعارف وعدمه.

فلذلك أخذ مشايخ كلِّ عصر ممن سلك مسلكه يعملون بموجب ذلك العموم، ويجيبون في كلِّ مادةٍ بالإيجاب والنفي حسبما عاينوا في أعصارهم من التعارف وعدمه، من غير تفرقةٍ بين منقول ومنقول، حتى إنهم صرحوا بالجواز فيما صرَّح فيه محمد رحمه الله تعالى - بعدمه - كما في وقف الحيوان والثياب».

(١) كتاب الوقوف/للإمام الخلال: ٤٣٠/١، وعلَّق عليه الفقيه الحارثي بقوله: «وهذا مشكلٌ من جهتين: أحدهما: إثبات الوقف فيما لم يملكه، فإن الماء يتجدد شيئاً فشيئاً، والثاني: ذهاب العين بالانتفاع، والوقف يستدعي بقاء أصلٍ ينتفع بثمرته على ممرِّ الأزمان، ولكن قد يقال: **بقاء مادة الحصول من غير تأثرٍ بالانتفاع، يتنزَّل منزلة بقاء أصل العين مع الانتفاع**» الإنصاف: ٣٧٨/١٦، والفروع مع حاشية ابن قندس: ٣٤/٧، ر.أ: مجموع الفتاوى: ٢١٦/٢٩.

(٢) قال في أوله: «وأقرب الحدود في الوقف . . .»، وعلَّق عليه صاحب الإنصاف: ٣٦٣/١٦: «فأدخل في حدِّه أشياء كثيرة لا يجوز وقفه عند الإمام أحمد والأصحاب».

(٣) الاختيارات: ١٧٠ - ١٧١، والإنصاف: ٣٧٧/١٦، ٣٧٩.

- واختار صحة وقف النقود، لينتفع بريعها في المضاربة، وتحصل التوسعة بها بالإقراض[1].
- واختار صحة وقف المنافع[2].

ومن كلامه في ذلك: «ولو وقف منفعة يملكها . . . كمنفعة العين المستأجرة، فعلى ما ذكره أصحابنا لا يصح، وعندي: **هذا ليس فيه فقهٌ**، فإنه لا فرق بين وقف هذا ووقف البناء والغراس، ولا فرق بين وقف ثوبٍ على الفقراء يلبسونه، أو فرسٍ يركبونها، أو ريحانٍ يشمه أهل المسجد، وطيب الكعبة حكمه حكم كسوتها، فعلم أن الطيب منفعة مقصودة، لكن قد يطول بقاء مدة التطيب وقد يقصر، ولا أثر لذلك».

- واختار صحة تعليق الوقف على شرطٍ، وإلى صحة اشتراط الواقف في وقفه: أن يبيعه أو يهبه أو يرجع فيه متى شاء[3].

وجليٌّ بيِّنٌ مما تقدَّم وتقريره، أن حدَّ المال الذي يصحُّ وقفه بـ «**ما مُلِك**» يشمل: كلُّ متموَّلٍ عُرفاً، لم يأت الشرع بالمنع منه، ومن ذلك ما إليه يساق حديث هذا البحث، من وقف الأسهم والصكوك والمنافع والحقوق المعنوية.

وسيأتي مزيد تأصيلٍ وتفصيل لكلِّ فردٍ منها في موضعه.

وقف الصكوك والسندات:

الصكوك والسندات المرادة هنا هي الصكوك والسندات المقبولة شرعاً، وينصرف التبادر في ذلك ابتداءً إلى سندات المقارضة، وقد انتهى قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في تعريفها إلى أنها:

---

(١) الاختيارات: ١٧١، مجموع الفتاوى: ٢٣٤/٣١، الإنصاف: ٣٧٨/١٦.
(٢) الاختيارات: ١٧١، الإنصاف: ٣٧٦/١٦.
(٣) مجموع الفتاوى: ٢٥/٣١، نظرية العقد/قاعدة في العقود/له: ٢٢٦، الإنصاف: ٣٨٧/١٦، ٣٩٧، ٤٠٠ ـ ٤٠١.

«أداةٌ استثماريةٌ، تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكيةٍ، برأس مال المضاربة، على أساس وحداتٍ متساوية القيمة، ومسجلةٍ بأسماء أصحابها، باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحوَّلُ إليه، بنسبة ملكية كلٍّ منهم فيه»[1].

وفضَّل قرار المجمع تسميتها بـ **صكوك المقارضة**[2].

تطبيقاتها في تمويل الأوقاف وإعمارها واستثمارها:

أن تقوم إدارة الأوقاف بدراسةٍ اقتصاديةٍ لمشروعٍ محدَّدٍ، تبيِّن فيه الكلفة المتوقعة والربح المتوقَّع، ثم تقوم عبر هيئةٍ متخصِّصةٍ بإصدار صكوكٍ = سنداتٍ قيمتُها الإجمالية مساويةٌ للتكلفة المتوقعة للبناء، وتعرض على حاملي الصكوك المموِّلين للبناء اقتسام عائد الإيجار، بنسبةٍ تحدِّدها هي في ضوء الدراسة الاقتصادية للمشروع، على أن يخصص جزءٌ من العائد الذي تملكه إدارة الأوقاف لإطفاء السندات أو الصكوك، أي: شرائها من حاملها شيئاً فشيئاً حتى تعود ـ بعد فترة من الزمن ـ الملكية الكاملة للبناء إلى إدارة الأوقاف.

مع ملاحظة أن إطفاء هذه السندات مرتبطٌ بمدةٍ من الزمن محددةٍ، وقد تكون الحكومة ضامنةً أيضاً لإطفاء هذه السندات عند حلول أجلها، إذا عجزت إدارة الأوقاف عن القيام بذلك، على أن يكون ما تدفعه الحكومة ديناً بدون فائدة في ذمة إدارة الأوقاف.

وظاهرٌ مما سبق من التعريف والتوصيف وصورة التطبيق ما يلي:

---

(١) قرار رقم: ٣٠ (٣/٤)، وفيه تفصيل ما يلزم توفُّره في سندات المقارضة لتكون مقبولة شرعاً.

(٢) في صكوك المقارضة، ووقفها: انظر: قرار المجمع المشار إليه، ومجلة المجمع: ع: ٤، ج٣، ص ١٨٠٩، وقرار المجمع رقم: (١٤٠) (١٥/٦)، ومجلة المجمع ع٥ في موضوع الاستثمار في الوقف وفي غلَّاته وريعه، الاتجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي/د.أحمد محمد السعد، أ. محمد علي العمري: ٨٠ ـ ٩١، ١٣١ ـ ١٣٨، الوقف الإسلامي/د.منذر قحف: ٢٧٥ ـ ٢٧٧.

١ ـ أنَّ الأوقاف وجهات العمل الخيري يمكنها الاستفادة من هذا الأسلوب التمويلي في تعمير ممتلكاتها واستثمارها وتمويلها، من خلال جذب رؤوس الأموال من الجمهور العام، وإقامة المشاريع الاقتصادية الكبرى، وأنها ـ بإذن الله تعالى ـ قادرةٌ على إحداث آثارٍ تنمويةٍ إيجابيةٍ في مختلف البلدان الإسلامية، على اختلاف درجات معيشتها وإمكاناتها، وشأن ذلك وثمرته الأولى: إحياء الأثر الإيجابي لمؤسسة الوقف، وبعثها في المجتمعات المسلمة من جديد.

٢ ـ أنَّ صكوك المضاربة من أدوات التمويل الكبير والطويل الأجل، يقوم على اجتماع رأس المال والعمل، كما هو شأن المضاربة، وتعاون الملاءة من خلال اكتتاب الجمهور، مع جهات الخبرة والاستثمار.

٣ ـ تعمل هذه الصيغة على إشاعة الخير والمشاركة في صنع المعروف، وابتغاء الأجر والثواب، بطريقةٍ تنسجم مع اختلاف الإمكانات المتاحة للأفراد.

٤ ـ أن بناء فكرة صكوك المقارضة وإمكانات تطبيقها، وإقرار المجامع الفقهية لها، وتأصيل اعتبارها، وبيان شروطها وقيود إعمالها هو إبداعٌ علميٌّ فقهيٌّ، واجتهادٌ معاصرٌ متميِّزٌ.

٥ ـ أنَّ تطبيق هذه الصيغة ونظائرها يسمح للمموِّل بالانسحاب تدريجياً من المشروع ـ بعد مدةٍ معلومةٍ تقريباً ـ ويسترد ما قدَّمه من تكلفةٍ لإنشائه، بالإضافة إلى نصيبه من الربح، مما يلائم مقاصد الشرع، ورغبات المكتتب.

وهي نموذجٌ من تطبيقات «المشاريع الوقفية»، وهناك نظيرٌ لها في «الصناديق الوقفية»، فيما يأتي.

وقف الأسهم:

يعرَّف السهم في الاصطلاح المعاصر، بأنه: «حصةٌ شائعةٌ، متساوية القيمة، قابلة للتداول، يمثله صكٌّ للمساهم من الشركة/المصدر؛

إثباتاً لنصيبٍ عينيٍّ أو نقديٍّ، في رأس مال الشركة».

وأوضحت القوانين التجارية ذات الصلة خصائص الأسهم، بما خلاصته ما يلي:

- تساوي قيمة السهم في الحقوق والواجبات، وتساوي مسؤولية الشركاء بحسبها كذلك.
- عدم قابلية السهم للتجزئة.
- قابلة السهم للتداول(١).

هذا، ومن أشهر صيغ تمويل الأوقاف اليوم، تمويلها من خلال الاكتتاب العام، المكيَّفة فقهاً واقتصاداً بالأسهم، والمشاركة فيها بالمساهمة.

والذي يبدو أن تطبيق «**وقف الأسهم**» واقعٌ بمسارين اثنين:

المسار الأول: أن يوقف شخصٌ أسهمه التي يملكها، في شركةٍ مساهمةٍ نشاطها مباحٌ، فإذا قال ـ مثلاً ـ: أسهمي في شركة كذا وقفٌ، فهو يريد بذلك تحبيس أسهمه عن التصرُّف، وتسبيل غلَّتها؛ لأن لها في كلِّ دورةٍ أو سنةٍ ماليةٍ غلَّةً أو ربحاً، فيقول: وقفٌ على المساجد أو على الفقراء والمساكين، فكلما تسلَّم أرباحاً أو غلَّةً تخصُّ أسهمه صرفه حالاً فيما وقفها عليه.

وإذا قدِّر أن هذه الأسهم الموقوفة خسرت أو كسدت، أو لم تربح في سنةٍ من السنين، فلا شيء عليه.

المسار الثاني: أسهم المشاركة الوقفية، أو «**الصناديق الوقفية**، أو ما اصطلح على تسميته بالوقف الجماعي»أو المشترك، ويأتي تفصيله.

---

(١) في التعريف بالأسهم، وبيان خصائصها، انظر: الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي/د.أحمد الخليل: ٤٥ ـ ٧٥، أحكام التعامل في الأسواق المالية المعاصرة: ١/١١٣ ـ ١٢٦، وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٦٣ (٧/١)، وأشار قراره رقم ٢٨ (٣/٤) إلى: أسهم الوقف الخيري، وأسهم الجهات الخيرية.

التكييف الفقهي للمسار الأول، والحكم عليه:

- المتأمل في أسهم الشركات المساهمة ـ كما سبق في التعريف والتوصيف ـ يرى أنها تمثل حصصاً شائعةً في شخصيةٍ اعتباريةٍ، ذات ممتلكاتٍ معروفةٍ، وهي ـ ما دام نشاطها مباحاً ـ مالٌ متقوَّم.

- القول المرجَّح المقدَّم لدى جماهير الفقهاء القدامى والمعاصرين: صحة وقف المشاع.

وهو مذهب الشافعية والحنابلة، وقول أبي يوسف من الحنفية، وهو قولٌ مشهورٌ في مذهب المالكية فيما يقبل القسمة من المشاع، وقولٌ آخر في صحة وقف المشاع، ولو كان لا يقبل القسمة، اختاره ابن الماجشون، وجرى به العمل[1].

واستُدلَّ لهذا القول المقدَّم المرجَّح، بما يلي:

١ ـ في بعض ألفاظ حديث سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه المعروف، في شأن الوقف: قوله: «إن المئة السهم التي لي بخيبر...» الحديث[2].

٢ ـ حديث كعب بن مالك رضي الله عنه المعروف في شأن توبته، وفيه: «قلتُ: يا رسول الله، إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقةً إلى الله وإلى رسوله ﷺ، قال: أَمْسِكْ عليك بعضَ مالك، فهو خيرٌ لك. قلتُ: أُمْسِكُ سهمي الذي بخيبر».

---

(١) في وقف المشاع ـ انظر: روضة الطالبين: ٧١٤/٥، الشرح الكبير مع الإنصاف: ٣٧٢/١٦، المبسوط: ٣٦/١٢ ـ ٣٧، والبحر الرائق: ١٩٧/٥، وفي تفصيل مذهب المالكية: المعيار: ٥٣/٨ ـ ٥٥، في رسالة لأبي عليٍّ الحسن بن عثمان الونشريسي بعنوان: «رفع النزاع في تحبيس الجزء المشاع»، وحاشية الرهوني: ١٣٨/٧ ـ ١٤١، وحاشية البناني على شرح الزرقاني: ٤٧/٧. ومن المعاصرين: قانون العدل والإنصاف: الفصل ٩، المواد: ٦٣ ـ ٧٥، أحكام الأوقاف/الزرقا: ٦١ ـ ٦٣، أحكام الوقف/الكبيسي: ٣٨٤/١ ـ ٣٩٢، الأحكام الفقهية للوقف/أبو غدة: ٦٥ ـ ٦٦.

(٢) أخرجه النسائي (٢٣٢/٦)، وابن ماجه: (٢٣٩٦).

وبوَّب عليه الإمام البخاري - رحمه الله تعالى - في صحيحه بقوله: «بابٌ: إذا تصدَّق أو وقف بعض رقيقه أو دوابِّه فهو جائزٌ»[1].

قال الحافظ ابن حجر: «ويؤخذ منها جواز وقف المشاع، وشاهد الترجمة منه قوله: «أمسك عليك بعض مالك»؛ فإنه ظاهرٌ في أمره بإخراج بعض ماله، وإمساك بعض ماله، من غير تفصيلٍ بين أن يكون مقسوماً أو مشاعاً، فيحتاج من مَنَع وقف المشاع إلى دليل المنع»[2].

٣ - ما علَّقه الإمام البخاري مجزوماً به حيث قال: «وجعل ابن عمر نصيبه من دار عمر سكنى لذوي الحاجات من آل عبد الله»[3].

٤ - أن مقاصد الشرع من الوقف والحبس تحصل في المشاع كحصولها في المفرز، بل هي مع التطبيقات المعاصرة لوقف المشاع قد تكون أكثر تحققاً، وأجلى ظهوراً.

وعلى هذا الرأي المختار جاءت جملة التشريعات المنظمة لأحكام الوقف، قال العلامة الفقيه الجليل الشيخ محمد أبو زهرة - رحمه الله تعالى - ناقلاً معلِّقاً، ومؤصِّلاً معلِّلاً: «يجوز وقف حصص وأسهم شركات الأموال المستغلَّة استغلالاً جائزاً ومشروعاً، وأن هذه الأسهم وتلك الحصص، وإن كانت تدلُّ على ملكيةٍ شائعةٍ، فيما لا يقبل القسمة = لا يؤدي الشيوع فيها إلى نزاع.

وهي مما يجري فيه البيع والشراء، وهي في عرف التجار أموالٌ قائمةٌ بذاتها، تشبه عروض التجارة؛ إذ يُتجَّر فيها، وهناك رجال مالٍ عملهم الاتجار فيها، فهي في ذاتها تشبه الأموال المنقولة ولا يلتفت فيها عند البيع والشراء إلى كونها حصصٌ شائعةٌ إلا بقدر مركز الشركة المالي والاستغلالي، وقوة ميزانيتها»[4].

---

(١) الصحيح مع الفتح: ٣٨٦/٥.
(٢) فتح الباري: ٣٨٦/٥.
(٣) الصحيح مع الفتح: ١٠٦/٥.
(٤) محاضرات في الوقف: ١٠٩.

المسار الثاني: الوقف الجماعي/المشترك:

صورةٌ رائعةٌ راقيةٌ من صور التعاون على البر والتقوى، تتجلَّى فيها إشاعة الخير، والإعانة على صنائع المعروف، وتتمثَّل في نقل إمكانية التحبيس والقدرة على الوقف إلى عموم المسلمين، عبر المساهمة في وقفٍ خيري، بشراء سهمٍ أو عدة أسهمٍ، حسب القدرة وحسب الفئات المحدَّدة، في مشروعٍ معيَّن، ينفق ريعه على أوجه الخير المحددة، وفقاً للسهم، ونشرة الإصدار، وشروط الجهات المصدرة، مما يلائم رغبة المساهم.

فيها إحياءٌ لسنة الوقف، وتجميع الحصص الصغيرة، والأنصبة المحددة، لخدمة مشروعات العمل الخيري، وتمويل وتنمية موارده.

أصبح يطلق عليها في الاصطلاح الفقهي المعاصر بـ «**الوقف الجماعي**» أو «**المشترك**»، ويقصد به: الوقف الذي يشترك فيه جماعةٌ من الناس أو جهاتٌ متعدِّدةٌ، يسهم كلٌّ منها فيه بما يقدر عليه.

تأصيل مشروعية الوقف الجماعي/المشترك:

تأصيل مشروعية الوقف الجماعي يشهد له كل ما يذكر في مشروعية الوقف، بوجهٍ عام، وأيضاً صحة الوقف المشاع، مضافاً إليه ما سبق ذكره من مقاصد الشريعة في التبرعات.

لكن بخصوص شأن الوقف الجماعي المشترك، يذكر ما يلي:

- حديث أنسٍ ﷺ قال: أمر النبي ﷺ ببناء المسجد، فقال: «يا بني النجار ثامنوني بحائطكم هذا، قالوا: لا والله، لا نطلب ثمنه إلا إلى الله عز وجل».

وقد بوَّب عليه الإمام البخاري ـ رحمه الله تعالى ـ: «بابٌ: إذا وقف جماعةٌ أرضاً مشاعاً فهو جائز»[1].

---

(١) الصحيح مع الفتح: ٣٩٨/٥ ـ ٣٩٩.

- حديث أبي ذرٍّ ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «من بنى لله مسجداً، قدر مفحص قطاةٍ، وفي رواية: لو كمفحص قطاةٍ، بنى الله له بيتاً في الجنة»(١).

وموضع الشاهد منه: «ولو كمفحص قطاةٍ»؛ لأن المكان الذي تفحصه القطاة لتضع فيه بيضها وترقد عليه لا يكفي مقداره للصلاة، فالمعنى: أنه يزيد في مسجدٍ قدراً يحتاج إليه، ولو كانت الزيادة هذا القدر، أو يشترك جماعةٌ في بناء مسجد، فتقع حصة كلِّ واحدٍ منهم ذلك القدر»(٢).

التكييف الفقهي والحكم الشرعي للصناديق الوقفية:

تتنزَّل مشروعية الصناديق الوقفية على مسألة «وقف النقود»(٣)، وهو مذهب المالكية، والمرجَّح للتعامل والعرف عند الحنفية، ووجهٌ عند الشافعية، وإليه ميل الشيخ تقي الدين ابن تيمية، وإليه انتهى قرار المجمع الفقهي الدولي في قراره رقم ١٤٠ (٦/١٥) بشأن الاستثمار في الوقف وغلَّاته وريعه، حيث جاء فيه ما يتعلَّق بوقف النقود ما يلي:

١ - «وقف النقود جائز شرعاً؛ لأن المقصد الشرعي من الوقف هو حبس الأصل وتسبيل المنفعة فيها؛ ولأن النقود لا تتعين بالتعيين وإنما تقوم أبدالها مقامها.

---

(١) الحديث أخرجه: ابن حبان، الإحسان (١٦١١)، والطبراني في الصغير: ١٣٨/٢، والبزار: (كشف: ٤٠)، والبيهقي: ٤٣٧/٢، وغيرهم، عن أبي ذرٍّ ﷺ، وأصله متفقٌ عليه: البخاري (٤٥٠)، مسلم (٥٣٣).

(٢) انظر: نيل الأوطار: ٦٩٠/١.

(٣) في مسألة «وقف النقود»، انظر: أبحاث مجلة الفقه الإسلامي الدولي، الدورة ١٥، حاشية الدسوقي: ٧٧/٤، وحاشية ابن عابدين: ٣٧٤/٣، ٣٧٥، والرسالة القيمة المؤصَّلة لشيخ الإسلام أبي السعود العمادي «في جواز وقف النقود»، روضة الطالبين: ٣٨٠/٤، ومجموع الفتاوى: ٢٣٤/٣١ - ٢٤٠، وفيه تأصيلٌ وتوجيه لأقوال الأئمة ونصوصٌ نادرة، ووقف النقود صحيحٌ سواءٌ للقرض، أو القراض = المضاربة، أي: للتنمية والاستثمار، كما في قرار المجمع، وتعليلات الأئمة. راجع: الوقف الإسلامي/د.منذر قحف: صورٌ جديدة من الأوقاف النقدية والمختلطة: ١٩٣ - ٢٠٣.

٢ ـ يجوز وقف النقود للقرض الحسن، وللاستثمار إما بطريق مباشر، أو بمشاركة عدد من الواقفين في صندوقٍ واحدٍ، أو عن طريق إصدار أسهم نقديةٍ وقفيةٍ تشجيعاً على الوقف، وتحقيقاً للمشاركة الجماعية فيه.

٣ ـ إذا استثمر المال النقدي الموقوف في أعيان كأن يشتري الناظر به عقاراً أو يستصنع به مصنوعاً، فإن تلك الأصول والأعيان لا تكون وقفاً بعينها مكان النقد، بل يجوز بيعها لاستمرار الاستثمار، ويكون الوقف هو أصل المبلغ النقدي».

صور وتطبيقات للوقف الجماعي(١):

١ ـ الصكوك الوقفية، ويقصد بها: «وثائق محددة القيمة، يتم إصدارها بأسماء مموِّليها، لصالح الجهة الموقوف عليها، أو من يمثِّلها قانوناً، وذلك لتغطية الحاجات المنوطة بها، مع الالتزام بأحكام الشريعة تمويلاً واستثماراً وإنفاقاً».

وهي في هذا المفهوم تنصرف إلى سندات الملكية الوقفية.

٢ ـ **السندات الوقفية**: وهي قائمة على تمويل مشروع وقفيٍّ خيري، يتم تحديد حجم التمويل اللازم له، وتصدر الجهة المعنية سنداتٍ بقيمة اسمية مناسبة، ثم تطرحها للاكتتاب العام، لتجميع الأموال اللازمة لتمويل هذا المشروع.

وذلك يكون في عدة صيغ منها:

أ ـ سندات المشاركة الوقفية.

ب ـ سندات الأعيان المؤجرة.

---

(١) انظر في هذه التطبيقات: بحث: أ.د. مصطفى عرجاوي «الضوابط الشرعية والقانونية للوقف الجماعي»: ٣٥ ـ ٣٦، بحث د.راشد العليوي «الصيغ الحديثة لاستثمار أموال الأوقاف»: ٣٠ ـ ٣٣، الوقف الإسلامي/د.منذر قحف: ٢٦٥ ـ ٢٧٧.

ج ـ أسهم التحكير.

د ـ حصص الإنتاج.

هـ ـ سندات المقارضة.

ومن أجلى تطبيقات الوقف الجماعي «**الصناديق الوقفية** «التي غدت تبتكرها وترعاها مؤسسات العمل الخيري في البلدان المختلفة، ويراد «**بالصندوق الوقفي**»: ذلك القالب التنظيمي الذي تنشئه الدولة أو مؤسسة العمل الخيري، وفقاً للنظم المعتمدة، لتنفيذ أهدافٍ محددةٍ مدروسةٍ، والقيام بمشروعات تنموية في مجالٍ محدَّدٍ، أو مجالاتٍ خيريةٍ مختلفةٍ، تحقيقاً لأغراض الواقفين، وتلبيةً لشروطهم.

ومن أمثلة هذه «الصناديق الوقفية»:

١ ـ الصندوق الوقفي للقرآن الكريم وعلومه.

٢ ـ الصندوق الوقفي للتنمية العلمية.

٣ ـ الصندوق الوقفي للتنمية الصحية.

٤ ـ الصندوق الوقفي لرعاية المساجد.

٥ ـ الصندوق الوقفي لرعاية ذوي الاحتياجات الخاصة.

٦ ـ الصندوق الوقفي لرعاية الأيتام.

٧ ـ الصندوق الوقفي لرعاية الأسر المنتفعة. وغير ذلك كثير.

كما أن من أمثلة الوقف الجماعي وصوره:

- الوقف الجماعي للمشتركين في تأليف كتابٍ، أو موسوعةٍ، وفرق العمل التي اشتركت في ابتكارٍ أو اختراعٍ علميٍّ، صناعيٍّ، هندسيٍّ، إذا اتفقوا ونظائرهم على استثمار عوائد ابتكاراتهم في وقفٍ جماعيٍّ على جهة برٍّ وعملٍ خيريٍّ، وهذا يتأتّى بعد تقرير وقف الحقوق المعنوية، ويأتي.

حكم وقف الصكوك والأسهم المحرمة:

مما يتعلَّق بوقف الأسهم والصكوك، السؤالُ عن وقف الأسهم والصكوك التي يحرم الاشتراك فيها، حال عزم مالكها التخلِّي عن ملكيَّتها، وإرادته التبرُّع بها أصلاً وريعاً لجهة برٍّ لا تنقطع، وقصده وقفها وتحبيسها، فهل يصحُّ وقفه لها؟

جليٌّ - في مبلغ العلم - أن هناك اتجاهاً مقدَّماً مرجَّحاً لدى جملة من الأئمة والمحققين[1]:

أن للإنسان التصدُّق بالمال المحرَّم، إرادة التخلُّص من خبث الحرام والتحلُّل من إثمه، لا بقصد ابتغاء الأجر والثواب، «فالمعصية لا تكون سبباً للنعمة والرحمة»[2].

لكن هل يشمل هذا الاتجاه أمر الوقف لها، فإن فيه - مضافاً إلى ما سبق -: عدم صدور الوقف لها عن مالك؛ لفَقْد التقوم الشرعي للتصرُّف الذي قبضها به، فهو يخرجه على أنه خَبَث لحق بماله وذمَّته، ويريد وقفه ليطهِّر ماله ويبرئ ذمته.

لكن هذا الاتجاه المرجَّح مقيَّدٌ بألا يكون في إقامة المساجد أو دور القرآن الكريم، وطباعة المصحف الشريف، وسائر ما يقصد به

---

(١) في هذه المسألة الجليلة، وأبعادها وتأصيلها وذكر نظائرها وبيان فروعها - انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية: ٥٩٢/٢٨ - ٥٩٩، ٣٠٧/٢٩ - ٣٠٩، ٣٢١، وكلامه فيها وفي نظائرها كثيرٌ منتشرٌ، ومن ذلك: فصل: فيمن أوقع العقود المحرمة، ثم تاب منها، وقاعدة: الأموال التي يجهل مستحقها مطلقاً أو مبهماً، وقال فيها: «... ويتفرع على هذه القاعدة ألفٌ من المسائل الواقعة»، زاد المعاد: ٧٧٨/٥، وقال عنها: «... قاعدة عظيمةٌ من قواعد الإسلام»، وجامع العلوم والحكم: ٢٦٣/١ - ٢٦٩، وفيه وفيما سبق الإشارة إلى الاتجاهات الأخرى، فتاوى الشيخ ابن إبراهيم: ١٧٨/٧، فتاوى الشيخ القرضاوي: ٥٢٧/١، أحكام المال الحرام/د.عباس الباز: ١٦٦ - ١٨٢، ٣٥٥ - ٣٦٥، ٣٦٩، ٣٧١ - ٣٨٥، ٣٨٧ - ٣٩٦، ٣٩٧، ٤١٢، وفي خصوص التحلُّل من المال الحرام بالوقف - انظر: الأحكام الفقهية للوقف/د.عبد الستار أبو غدة: ٦٤ - ٦٥، وما يأتي.

(٢) مجموع الفتاوى: ٤٨٦/٢١.

التعبُّد المحض[1].

وفعله هذا يسمى صدقةً وحَبْساً بالنظر إلى أثره ومن وُقِف عليه من الفقراء والمساكين، أو المصالح العامة للمسلمين، لا بالنظر إلى المعطي أو الواقف، فهو إنما يخرجه لأجل أن تقبل توبته، «فخبثه لخبث مكسبه، لا لظُلم مَن أُخِذ منه، وطريقه: التخلص منه، وتمام التوبة: الصدقة به»[2].

وقد وقفتُ على نصوصٍ نادرةٍ عن الإمام الجليل أحمد ﷺ في وقف المال المحرَّم.

ولكونها لعلَّها تجلَّى لأول مرةٍ أمام الباحثين، وحاسمةً في شأن وقف المال الحرام بخصوصه، لا بعموم التحلُّل من المال المحرَّم، فإني أقتصر عليها، وأحيل إلى نظائرها.

عقد الإمام الخلَّال في «كتاب الوقوف» من جامعه الكبير لمسائل الإمام أحمد، باباً بعنوان: **وقف ما تنـزَّه عنه من الأموال**[3].

وفيه جملة مسائل وجِّهت إلى الإمام أحمد، في هذا المعنى، ألخِّصها وأجوبتها فيما يلي:

- سئل عن رجلٍ مات وترك ضياعاً، وقد كان يدخل في أمورٍ تكره، فيريد بعض ولده التنـزُّه؟ فأجاب الإمام: إذا أوقفها على المساكين، فأيُّ شيءٍ بقي عليه؟ واستحسن أن توقف على المساكين.
- وسأله رجلٌ قال: إن أبي مات، وقد دخل لهؤلاء، وقد ورثتُ أرضين، أو قال: أرضاً ـ يعني: من السواد ـ فقال له الإمام: أوقفها على قرابتك، أو قال: على أهل بيتك، ومَن عرفتَ من أهل الستر.

(١) انظر: أحكام المال الحرام: ٣٠٢ ـ ٣١٣.
(٢) زاد المعاد: ٧٧٩/٥، ر.أ: أحكام المال الحرام: ٤٠٥ ـ ٤١١.
(٣) كتاب الوقوف/الإمام الخلَّال: ٤٤٢/١ ـ ٤٤٤.

- وسئل عن رجلٍ في يده أرضٌ أو كرْمٌ، يعلم أن أصله ليس بطيب، ولا يعرف صاحبه؟ فقال الإمام: يوقفه على المساكين.

- وسئل: مَن كان له دار في الرَّبض أو القطيعة، فأراد أن يخرج منها ويتنزَّه عنها، كيف يصنع؟ فقال الإمام: يوقف، قال السائل: لله، قال: نعم، قال السائل: وسألته عن القطائع توقف؟ قال الإمام: نعم، إذا كان للمساكين، ترجع إلى الأصل، إذا جعلها للمساكين(١).

ثم إن هناك صيغةٌ أخرى من صيغ التبرُّع مشابهةٌ للوقف هي **الإرصاد** عبَّر عنها الفقهاء؛ لتكييف ما يوقفه السلاطين من الأموال العامة؛ لأن مالكها غير محدّد، فلم يتحقق فيها شرط ملكية الواقف لما يقفه، وهي تصلح لوقف الأموال الخبيثة(٢).

كما يشهد لذلك أيضاً، ما جاء في قرار هذا المجمع الموقر (٣/١/١٣)، حول استفسارات البنك الإسلامي للتنمية، بخصوص التصرُّف في فوائد الودائع التي يضطر البنك الإسلامي للتنمية لإيداعها في المصارف الأجنبية، جاء في هذا القرار ما يلي:

«. . . يجب أن تصرف تلك الفوائد في أغراض النفع العام،

---

(١) في بيان هذا النص الأخير بخصوصه ـ انظر: المبدع: ٣١٦/٥. وقد كنتُ متردِّداً كثيراً في الميل إلى هذا الاتجاه، مع النصوص الجليلة، من مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا۟ ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ وَلَسْتُم بِـَٔاخِذِيهِ إِلَّآ أَن تُغْمِضُوا۟ فِيهِ﴾، وقوله تعالى: ﴿قُل لَّا يَسْتَوِى ٱلْخَبِيثُ وَٱلطَّيِّبُ﴾، وقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ طَيِّبٌ لاَ يَقْبَلُ إِلاَّ طَيِّباً» (مسلم ١٠١٥)، وأعددتُ رأيي وقلمي لمناقشته وتقوية المنع، إلى أن وقفتُ على نصوص الإمام أحمد ـ رحمه الله تعالى ـ هذه، فكففتُ، فهو إضافةٌ إلى إمامته في الفقه إمامٌ في الورع.

(٢) الأحكام الفقهية للوقف/د.عبد الستار أبو غدة: ٦٥، وفي معنى الإرصاد ـ انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء: ٤٩ ـ ٥٠، أحكام الوقف/د. الكبيسي: ٣٦٣/١، وندوة حوار الأربعاء، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز ١٤٢٥/٨/١هـ، «الإرصاد، هل يختلف عن الوقف؟»، د.رفيق المصري.

كالتدريب والبحوث، وتوفير وسائل الإغاثة، وتوفير المساعدات المالية للدول الأعضاء، وتقديم المساعدة الفنية لها، كذلك للمؤسسات العلمية والمعاهد والمدارس، وما يتصل بنشر المعرفة الإسلامية».

تعريف المنافع، وتموُّلها:

جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة يختارون أن «المنافع» مالٌ متقوَّمٌ، وهو الاتجاه المرجَّح المقدَّم لدى جملة الفقهاء المعاصرين[(١)].

فالعرف العام المطَّرد اعتبر المنافع أموالاً، وجعلها محلاً للاستثمار، وجملةٌ من العقود قائمةٍ على المنافع، كالإجارة والجعالة والاستصناع.

وتبذل الأموال في تحصيلها، بل هي أصل التموَّلات وثمرتُها، وفي عدم اعتبارها مالاً ضياعٌ لكثير من المصالح.

وتعرَّف المنفعة بأنها: «الفوائد العرضية التي تستفاد من الأعيان بطريق استعمالها».

وقد تشمل في الاختيار والاستعمال الفقهي لدى بعض المحققين: الفوائد بنوعيها العرضية والمادية.

وقف المنافع وتحبيسها[(٢)]:

كان توقُّع تأصيل مالية المنافع لدى جمهور الفقهاء أن يطَّرد ذلك في صحة وقفها وتحبسها = لكن مذاهب الفقهاء اختلفت في ذلك، وتقاصر جمهورها عن صحة وقف المنافع، فكانت كما يلي:

---

(١) انظر تحقيق ذلك بما لا مزيد عليه في: الملكية/أ.د. عبد السلام العبادي: ١/١٨٠ ـ ١٨٤.

(٢) راجع لزاماً ما تقدَّم بسطه وتحقيقه فيما يصحُّ وقفه، وانظر ـ هنا: بدائع الصنائع: ٦/٢٢٠، حاشية ابن عابدين: ٣/٣٦٥ ـ ٣٦٧، مغني المحتاج: ٢/٣٨٢ ـ ٣٨٣، شرح منتهى الإرادات: ٢/٤٩٧، الإنصاف: ١٦/٣٧٥ ـ ٣٧٦.

الاتجاه الأول: لا يصحِّح وقف المنافع دون الأعيان = الرقاب.

وهو مذهب الحنفية، والمنع عندهم لأن المنافع ليست أموالاً، وهو مذهب الشافعية والحنابلة، والمنع عندهم لاشتراطهم أن يكون الموقوف عيناً، ينتفع بها مع بقائها، كما أنهم جميعاً يشترطون تأبيد الوقف.

الاتجاه الثاني: ذهب المالكية إلى صحة وقف المنافع، كالركوب والحمل والخدمة، ويصحُّ عندهم وقف منفعة العين المستأجرة.

تأصيل مشروعية وقف المنافع، وصحة توقيت الوقف = الوقف المؤقت:

بنى المالكية مذهبهم في صحة وقف المنافع على أصلهم في عدم اشتراط التأبيد في الوقف، وأنه يصح تأقيت الوقف.

وإذا صح الوقف مؤقتاً غير مؤبد، فإنه لا يشترط أن يكون الموقوف صالحاً للبقاء الدائم الذي لا يتغير، وعليه: صحة وقف المنافع والحقوق، وأيضاً: لتموُّلها بين الناس.

ومذهب جماهير الفقهاء اشتراط التأبيد في الوقف، والدوام والاستمرار في المال الموقوف؛ تحقيقاً لمعنى «**الصدقة الجارية**».

وذهب المالكية إلى صحة الوقف المؤقت، سواءٌ أكان هذا الوقت قصيراً أم طويلاً، وسواءٌ أكان مقيَّداً بمدةٍ زمنيةٍ، كقوله: وقفتُ حديقتي أو أسهمي على الفقراء مدة سنةٍ، أم كان مقيداً بحدوث أو تحقق أمرٍ معيَّنٍ، كقوله: داري موقوفة على الفقراء ما دمتُ في الوظيفة، أم قيِّد بحياة شخصٍ معيَّن.

فيرجع الوقف بعد انتهاء المدة، أو انتفاء القيد أو موت المعيَّن، يرجع ملكاً للواقف إن كان لا يزال حياً، أو لورثته إن كان ميتاً، ويجوز التصرُّف فيه ـ عندها ـ بكلِّ ما يجوز فيه التصرف في غير الموقوف.

والقول بصحة توقيت الوقف وجهٌ لدى الحنابلة، وإحدى الروايتين

عن أبي يوسف في المذهب الحنفي، وينسب لأبي العباس بن سريج من الشافعية.

واستدلَّ أصحاب هذا الاتجاه المرجّح، بما يلي:

- أن حقيقة الوقف «**تسبيل المنفعة**»، وقد حثَّ الشرع الشريف عليها، كحثّه على سائر الصدقات، والصدقات تجوز مؤقتةً وتجوز مؤبَّدة، ولا دليل يوجب كون الصدقة مؤبَّدة.

- كما أن للمرء أن يتقرَّب بماله أو ببعضه = جاز أن يتقرَّب به في كلِّ الزمان، أو بعضه، وهو الوقف المؤقت.

- من المقرَّر: أن الواقف له أن يقيِّد بشروطه أوجه الانتفاع بأعيان الوقف وغلاَّته، فإذا جاز هذا التقييد: جاز تقييد الوقف بمدةٍ، وهو الوقف المؤقت.

- ويمكن أن يستدل لصحة الوقت المؤقت، واشتراط الواقف تقييد الوقف بمدةٍ، بما رواه الإمام مالك ﷺ في موطئه، قال: «عن يحيى بن سعيد عن عبد الرحمٰن بن القاسم: أنه سمع مكحولاً الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العُمْرى، وما يقول الناس فيها؟ فقال القاسم بن محمد: ما أدركتُ الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم، وفيما أَعْطَوا»[1].

- أن في الوقف المؤقت تشجيعاً لسبل الخير وأوجه البرّ، وتيسيراً لصنائع المعروف، والوقف من عمل البر والخير والمعروف، فيجوز مؤقتاً ومؤبداً، ولكلٍّ ثوابه.

- النصوص الواردة من الأحاديث والآثار، التي قد يستدل بها على اشتراط تأبيد الوقف = هي في حقيقتها حكاية أقوالٍ ووقائع كان الوقف فيها مؤبداً، وقد ارتضى ذلك الواقفون وورثتهم. وليس

---

(١) الموطأ/رواية يحيى: ٣٠٢/٢ ـ ٣٠٣ (٢٢٠١)، ر.أ: التمهيد: ١٢/٧، الاستذكار: ٣١٧/٢٢.

فيها دليلٌ ناصٌ على عدم جواز رجوع الواقف في وقفه ـ حال اشتراطه ـ ولا على عدم صحة التوقيت.

وقد مال إلى هذا الاتجاه المرجح وتأييده زمرةٌ من كبار الفقهاء المعاصرين، منهم الأساتذة الأجلاء: أحمد إبراهيم، ومحمد أبو زهرة، ومصطفى الزرقا[1] - رحمهم الله تعالى - وغيرهم.

المنافع التي يصحُّ وقفها[2]:

والمنافع التي يصحُّ وقفها في المذهب المالكي هي المنافع المتقوِّمة، أي: المباحة شرعاً، ولو كانت مما لا يصحُّ بيعه.

ويصحُّ في المذهب المالكي ـ وقف منفعة العين المستأجرة ـ كما سبق، لكنهم لم يجيزوا وقف المرهون والعين المؤجرة منجزاً حال تعلق حق الغير به؛ لأن في تصحيح وقفها إبطالاً لحق المرتهن والمستأجر.

هذا. ولا يشترط المالكية كون الموقوف ملكاً للواقف وقت الوقف، فيصح تعليق الوقف، ولا يحتاج إلى إنشاءٍ جديدٍ إذا حصل ما علِّق عليه.

حكمة الوقف بين التأبيد والتوقيت:

- إن أهمية مبدأ «التأبيد» في الوقف تأتي من رعي الشرع مصالح الناس، وحاجتهم إلى قيام مصادر دائمة؛ لإنتاج آثارٍ اجتماعيةٍ واقتصاديةٍ عامة.

- كما أنه يسهم في تحرير كثيرٍ من موارد المجتمعات وثرواتها المتمثلة في أفرادٍ؛ لتنتقل ـ رغبةً في الأجر الدائم الذي لا ينقطع ـ إلى ملكية المجتمع، ويصبح الوقف قناةً جاريةً يتدفق عبرها

---

(١) انظر: الوقف وبيان أحكامه/للأستاذ الكبير أحمد إبراهيم: ٣٤، محاضرات في الوقف/أبو زهرة: ٧٣، شرح قانون الوقف/العلامة محمد فرج السنهوري: ١/٨٣ ـ ٩١، أحكام الأوقاف/الزرقا: هامش ٤٩ ـ ٥٠، أحكام الوقف/الكبيسي: ١/٢٤٦ ـ ٢٥٢.

(٢) راجع ـ لزاماً ـ ما سبق، تحت عنوان ضابط ما يصحُّ وقفه.

جزءٌ من هذه الموارد؛ لتحقيق التكافل، والتغلب على الفقر، وتخفيف آثار الحاجة والعوز.

ومبدأ «التوقيت » في الوقف ومرانته يفتح أبواباً للخير وفعل المعروف قد لا تستوعبها صرامة «التأبيد».

والتجارب المعاصرة في العمل الخيري تشهد أن الوقف يمكن أن يقوم على هاتين الدعامتينِ التأبيد والتوقيت معاً، فلكلٍّ واقفٍ أحواله وقدراته وإمكاناته، ولكلٍّ عمل خير وجهة برٌّ ما يلائمها، ويقوم بمصالحها ﴿وَلِكُلٍّ وِجْهَةٌ هُوَ مُوَلِّيهَا فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ﴾، ﴿قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لِكُلِّ شَيْءٍ قَدْرًا﴾.

- إن المجتمعات المعاصرة، والحياة في هذا الزمن الصعب قد أوجدت حاجات عامة كثيرة، منها ما هو دائمٌ بطبيعته، ومنها ما هو غير دائم، كما أن من الأوقاف ما ينتهي بفناء مال الوقف نفسه، ومنها ما يعود فيه مال الوقف إلى الواقف عند انتهاء المدة التي وقف لها.

وأيضاً: فإن نطاق الوقف المؤقَّت أشمل وأكثر اتساعاً من نطاق الوقف المؤبَّد؛ ذلك لأن هذا يتطلب استمرار المادة الموقوفة ودوامها، بينما الوقف المؤقت الذي يكون لمدة محددة، قد تنتهي بعدها حياة المادة الموقوفة، أو يستردُّها الواقف لها.

صور وتطبيقات لوقف المنافع[(١)]:

- استئجار الشقق أو الدارات، وجعلها مسجداً، أو مصليات، أو مراكز ومدارس إسلامية، مدةً معلومةً مؤقتةً، كما هو حال كثيرٍ من الجاليات والأقليات المسلمة في بلاد غير المسلمين[(٢)].

---

(١) أفدتُ ـ في بعض هذه الصور والتطبيقات ـ من: الوقف الإسلامي/د.منذر قحف: ١٨٣ ـ ١٩٢.

(٢) تقدَّم ـ في ضابط ما يصحُّ وقفه ـ نقل نصُّ المذهب المالكي، على صحة هذا التطبيق.

- وقف الأبنية والمساكن ـ لإيواء الفقراء والمساكين وإسكانهم ـ، وبخاصة زمن الحروب والكوارث الطبيعية.

- وقف المستشفيات والوحدات الطبية والمراكز الإغاثية والعلاجية، لمداواة المرضى والمنكوبين، وقت حاجتهم لذلك، أو تحديد يومٍ في نهاية الأسبوع ـ مثلاً ـ لرسوم مخفضةٍ أو دخول مجاني للمَرضى الفقراء.

- وقف وحدات ومراكز تعليمية، مسائية أو في الإجازات والعطلات، لتعليم الأيتام وأولاد المحتاجين.

- إفراد وتمييز جملة من الأراضي لإقامة مشروعات زراعية أو صناعية، إنتاجية محدودة، لمدة معينة.

- وقف وسائل النقل العامة أو الخاصة، في المواسم العبادية، كالحج والعمرة والزيارة، لنقل الفقراء أو تقديمها لهم بأسعار رمزية. وكذا إيقاف وسائل النقل هذه، في أيام العطلات والإجازات لنقل الطلاب الفقراء للفسحة والترويح، ونحوها من المقاصد المعتبرة.

- وقفٌ لمجانية الاشتراك أو الانتفاع بدخول الأماكن الترفيهية المباحة أو النوادي الرياضية، والتي عادةً يكون دخولها بأجرةٍ معينةٍ، مثل مدن الألعاب والترفيه وحدائق الحيوانات، على الأيتام وأبناء الفقراء، أو ذوي الاحتياجات الخاصة.

- وقف منافع بعض الأجهزة الطبية والكهربائية، ومضَخات المياه والمولِّدات، ونحوها على الفقراء والمحتاجين، مدةً معينةً.

- وقف خدمة النقل ـ بوسائله المختلفة ـ أو الشحن كذلك، على الفقراء وذوي الاحتياجات الخاصة، مجاناً أو برسومٍ مخفَّضةٍ.

- العبور مجاناً ـ دون أي رسوم ـ لجميع السيارات الذاهبة، إلى مسجدٍ، له مخرجٌ من هذه الطَريق، معروفٌ به.

- العبور مجاناً ـ دون أي رسومٍ ـ لسيارات الإسعاف والإطفاء،

وسيارات دور الأيتام والعجزة، ونحوها من وسائل الخدمة العامة.

- وقف حق الطريق لمالكٍ له في عقاره؛ لنحو عبور الأطفال إلى مدرستهم، وطريقه التي يملكها أقرب إليهم من غيرها.

- وقف حقّ الانتفاع بأرضٍ فضاء؛ لتكون مصلًى للجمعة أو العيدين، لمدة ثلاث ساعاتٍ مثلاً، في أوقات هذه الصلوات.

- وقف الخدمة الهاتفية المدفوعة أجرتها ـ مثلاً ـ لصالح دارٍ للأيتام، أو نزلاء المستشفى، أو الطلبة المحتاجين المبتعثين خارج ديارهم.

- وكذا سائر نظائر ذلك من الخدمات العامة الأخرى، كالكهرباء والماء ونحوها.

مفهوم الحق المالي، وتموُّله واعتباره(١):

من أشهر تعريفات «**الحق**» الاصطلاحية، التي استقرّ تقديمها لدى جمهرة الباحثين المعاصرين تعريف الأستاذ الكبير مصطفى الزرقا ـ رحمه الله تعالى ـ في قوله: «**الحق هو اختصاصٌ يقرر به الشرع سلطةً أو تكليفاً**»(٢).

ومع مشاركتي الاحتفاء والتقديم لهذا الحدِّ، إلا أنه تعريفٌ عامٌّ شاملٌ لجميع أنواع الحقوق.

والمعنيُّ به هنا في هذا البحث وموضوعه: «هو الحقوق المالية»، والحق المالي وحده وقد عرفه الأستاذ الزرقا نفسه بقوله: «**اختصاصٌ مشروعٌ بمنفعةٍ ذات قيمةٍ مالية بين الناس**»(٣).

---

(١) في مفهوم «الحق» وتقسيماته، واعتباره بين الشريعة والقانون بما لا مزيد عليه ـ انظر: الملكية/أ.د. عبد السلام العبادي: ١/٩٢ ـ ١١٨.

(٢) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة: ١٩.

(٣) المصدر نفسه: ٢١.

والاختصاص:

ما يختصُّ بشخصٍ معينٍ أو بفئةٍ؛ إذ لا معنى للحقِّ إلا عندما يتصور فيه ميزةٌ ممنوحةٌ لصاحبه، وممنوعةٌ عن غيره.

وأما ما لا اختصاص فيه فهو من قبيل الإباحات العامة، كالاصطياد والاحتطاب، لكن إذا منح إنسان امتيازاً باستثمار شيء، من هذه المباحات، فانحصر به، يصبح ذلك حقاً له.

وإنما اشتُرط وقيِّد الاختصاص بإقرار الشرع؛ لأن حكم الشرع هو أساس اعتباره، فما اعتبره الشرع حقاً كان حقاً، وما لا فلا يكون حقاً معتبراً، ولا حاجة إلى ضمِّ شيءٍ زائد على اعتبار الشرع وإقراره.

ويمكن اختصار هذا التعريف بقولنا: «**اختصاصٌ مشروعٌ بمنفعةٍ متموَّلة**».

وتبين مما سبق أن الحق المالي هو في مقابلة الأعيان؛ لأنها أشياء مادية عينية، وليست اختصاصاً، وعليه جمهور الفقهاء، والحق المالي هو ما يتعلق بالمال.

ومما له وثيق الصلة بتعريف الحق المالي، ويحتاج إليه موضوعُ هذا البحث، تقسيم الحق المالي إلى حقٍّ عينيٍّ وحقٍّ شخصي، كما يقع لدى القانونيين:

فالحق المالي الشخصي يعرَّف بأنه: «**مطلبٌ يقرُّه الشرع لشخصٍ على آخر**»[(١)].

وتوضيحه: أن كل علاقة شرعيةٍ بين شخصين، يكون أحدهما فيهما مكلَّفاً تجاه الآخر أن يقوم بعملٍ فيه مصلحةٌ ذات قيمة للآخر، أو أن يمتنع عن عملٍ منافٍ لمصلحته، مهما كان مصدر تلك العلاقة.

فإن ذلك يفسَّر في الاصطلاح، ويعبر عنه بـ «الحق الشخصي»، للمستفيد منها، كما أنه في الوقت نفسه «التزام» على الآخر المكلف بها.

---

(١) المصدر نفسه: ٢٦.

و«**الحق العيني**»: هو سلطةٌ مباشرةٌ على عينٍ ماليةٍ معينةٍ، أو على متموَّلٍ معيَّن[1].

فالعلاقة الحقوقية هنا بين شخصٍ ـ سواءٌ كان حقيقياً أو حكمياً ـ وبين شيءٍ متموَّلٍ معيَّنٍ محدَّدٍ.

هذه السلطة معناها متحقِّقٌ بمجرد وجود صاحبها، ووجود هذا الشيء المتموَّل المعين، يستطيع صاحبها ممارسة سلطته هذه بالتصرفات المشروعة، من استعمالٍ أو استغلالٍ، أو استهلاكٍ، أو حَبْسٍ، دون توقفٍ على أحد.

ومما يندرج تحت الحق العيني من أنواع:

حق ملك الرقبة (الذات)، وملك المنفعة، وحقوق الارتفاق، وحق الانتفاع، والحقوق المعنوية (الفكرية).

إذ هي متموَّلاتٌ ذات ميزاتٍ خاصةٍ، اختصَّ بها صاحبها دون غيره.

فالعلاقة الحقوقية ثابتةٌ بين صاحبها، وهذا المتموَّل المعنوي والسلطة المباشرة.

تموُّل الحقوق واعتبارها[2]:

الحقوق ـ في الواقع ـ منافع يقرُّها الشرع لفردٍ أو جهةٍ، وقد تتعلق بالأموال، كحق الانتفاع وحق الشفعة، وحق المرور في الطريق، وحق الشرب وحق المسيل.

وقد تتعلق بما ليس بمالٍ كحق الحضانة وحق القصاص، وقد تكون أمراً اعتبارياً لا وجود له إلا بفرض من جهة الشرع، كحق الشفعة

---

(١) انظر: المصدر نفسه: ٢٧ ـ ٣١.

(٢) انظر ـ في تأصيل ذلك: بحث «بيع الحقوق المجرَّدة» للعلامة الشيخ محمد تقي العثماني، ضمن بحوث في قضايا فقهية معاصرة ٧٧ ـ ١٢٦، وما يأتي في « وقف الحقوق المعنوية».

وحق الحضانة، وقد تكون أمراً ذا وجودٍ خارجي، كحق السكنى، وحق المرور، وحق الشرب.

ومعلومٌ أن هناك اتجاهان فقهيان في اعتبار الحقوق والمنافع أموالاً أم لا؟

- فالحنفية: لا يعدُّون الحقوق والمنافع أموالاً؛ لعدم إمكان حيازتها، وهم يشترطون فيما يعدُّ مالاً أن يكون عيناً مادياً موجودةً، قابلة للادخار والإحراز.
- والجمهور: يعدُّون الحقوق والمنافع أموالاً، لتموُّلها عرفاً بين الناس، وبذل الأموال لتحصيلها، والشرع اعتبر المنافع أموالاً، بشاهد قوله تعالى ـ في مهور النساء ـ: ﴿أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ﴾، وفي قصة زواج موسى عليه السلام بابنة الرجل الصالح، كان المهر عمل موسى عليه السلام عنده مدة عشر سنوات.

لكنَّ الجمهور يقصرون تموُّل الحقوق بما أريد به منفعة متمولة، كحق المستأجر في العين التي استأجرها، ولذا أجازوا الاستعاضة عنها، وحق المرور، وحق الشفعة، على تفصيلٍ وخلافٍ ليس محلُّه هذا[1].

ولا يعدُّونها أموالاً إن أريد بها تلك الأمور المعنوية الشرعية، التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع، كحق الحضانة، وحق الولاية، وحق القصاص.

الحقوق المعنوية: مفهومها وتموُّلها[2]:

نوعٌ حديثٌ من الحقوق المالية أنتجته الأوضاع الحياتية المدنية

---

(١) انظر ـ في تفصيل ذلك: الملكية/أ.د. العبادي: ١/١٨٦ ـ ١٨٢.

(٢) في أمر «الحقوق المعنوية» وتفصيلها، وتأصيل تموُّلها ـ انظر: الملكية/أ.د. عبد السلام العبادي: ١/١٩٦ ـ ٢٠٣، حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن/أ.د. فتحي الدريني، ضمن «بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله» ٢/٥ ـ ٨٣، بحث «بيع الحقوق المجردة» للشيخ تقي العثماني، المشار إليه آنفاً، الحقوق المعنوية وتطبيقاتها المعاصرة/أ.د. علي محيي الدين القره داغي، ضمن «بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة» ٣٩٣ ـ ٤٤٠.

والاقتصادية والصناعية والفكرية الحديثة، تعرضت لتنظيمه القوانين العصرية، وضبطت ملكيته الاتفاقات الدولية.

ومفهوم الحقوق المعنوية هو: «**سلطة لشخصٍ على شيءٍ غير مادي**».

ومن أفرادها: حق المؤلِّف في المصنفات العلمية والأدبية والفنية مما قد يطلق عليه براءة الاختراع، في المخترعات، وفي برامج الحاسوب، هو ما اصطلح على تسميته بالملكية الصناعية.

والاسم التجاري والعلامة التجارية، وامتيازات إصدار الدوريات مما قد يعرف بالملكية التجارية.

فكلُّ مُنتجٍ لأثر مبتكرٍ، أو جهدٍ متميزٍ مستقلٍ، أدبي أو فني أو صناعي أو علميّ، له الحق في نسبة هذا الأثر الفكري والجهد الذهني إليه، والاحتفاظ بذلك. ويكون مختصاً بالمنفعة المالية التي يمكن الحصول عليها جراء نشر هذا المنتج والأثر وتعميمه.

وظاهرٌ معلومٌ أن صاحب هذا الحقّ المعنويّ، وهذا الأثر قد بذل جهوداً ذهنيةً وأموالاً، وأوقاتاً، وربما استعان بخبراء ومراكز أبحاث، ومختبرات، ونحو ذلك.

وظاهرٌ أيضاً: أن هذا الحق المعنوي قد يتعلق بمعانٍ، ومدركاتٍ ذهنيةٍ مجرَّدةٍ، وقد يتعلق بمصنوعٍ ماديٍّ كان له فائدة ونفع للآخرين.

وجليٌّ مما سبق: أن هذه الحقوق المعنوية توافرت فيها الخصائص التالية:

١ ـ التموُّل، ومناط المالية ـ بعد الإباحة الشرعية ـ هو: ما له قيمةٌ بين الناس عرفاً، فالعرف أصل التموُّل، وهو جارٍ قائمٌ في هذه الحقوق، ومحلُّ الحق المعنوي، والذي سمَّاه القانون بالشيء غير المادي، داخلٌ في حقيقة التموُّل، ومسمَّى المال في الشريعة؛ ذلك أن له قيمةً بين الناس عرفاً، ويباح الانتفاع به شرعاً، فإذا قام الاختصاص به تكون حقيقة الملك له قد وجدت.

٢ - الاختصاص وهو أثر التموُّل ونتيجته، فيسع صاحب هذا الحق المعنوي الاختصاص بهذا الإنتاج، وحقُّ التصرُّف فيه، ومنع غيره من التعدِّي عليه أو الاستغلال له دون إذنه، والشرع والقضاء والقانون يحمي ذلك الاختصاص، فالدول الحديثة يقع فيها ذلك، من خلال نظام الحماية والتسجيل والإيداع، تحقيقاً للاختصاص، وحفظاً للحقوق والاتفاقات الدولية، فرضت العقوبات والغرامات تأكيداً على منع انتحال هذه الحقوق.

٣ - أن هذا الاختصاص وإحراز كلِّ شيء بما يلائمه من هذه الحقوق المعنوية، يقوم مقام الحيازة المادية، فهو حيازةٌ اعتباريةٌ حكميةٌ، كما أن هذه الحقوق مالٌ اعتباريٌّ.

٤ - الشرع أيضاً: لا يشترط التأبيد لتحقق معنى الملك، فإذا كان لا بدَّ أن يوقَّت الحقُّ المعنوي بمدةٍ معينةٍ، كما في القوانين المنظِّمة لذلك، فإن هذا التوقيت لا يخرجه عن دائرة الملكية المعتبرة شرعاً. وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، في شأن الحقوق المعنوية: ٤٣ (٥/٥)، مؤكِّداً ذلك، بما يلي:

أولاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف والاختراع أو الابتكار، هي حقوقٌ خاصةٌ لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمةٌ ماليةٌ معتبرةٌ لتموُّل الناس لها. وهذه الحقوق يعتدُّ بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوضٍ ماليٍّ، إذا انتفى الغرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونةٌ شرعاً، ولأصحابها حقُّ التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها.

وقف الحقوق المعنوية:

بناءً على هذا القرار المجمعي الموفَّق، وما في حيثياته وتعليلاته

المسدَّدة، وبناءً على ما سبق تقريره في محلّ عقد الوقف وما يصحُّ وقفه، ولنصوص الفقهاء المتعددة في أمثلةٍ من الحقوق والتصرفات، وسَّعوا دائرة اعتبارها وتموُّلها، ورعايتها، وجوَّزوا الاعتياض عنها، أو النزول عنها بعوضٍ، على تفصيلٍ وخلافٍ بين المذاهب في ذلك، من هذه الأمثلة:

١ - بيع حق الممرّ، وبيع حق التعلّي، وحقّ غرز الخشب على الجدار، وجواز الاعتياض عن فتح الباب والنافذة، وحفر البئر في الطريق بعوض، وبيع حق الشّرب.

٢ - أو الاعتياض عن بعضها عن طريق التنازل والصلح، في مسألة الخلو، وحق الاستمرار في الوظائف السلطانية أو الوقفية.

لكلِّ ذلك: فإن وقف الحقوق المعنوية، وتحبيسها، ولو كانت مؤقتةً، هو أمرٌ مشروعٌ، يصحُّ من واقفه، ويدخل - بعد فضل الله تعالى - في أجر الصدقة الجارية.

صورٌ وتطبيقات للحقوق المعنوية، مما يمكن ويصحُّ وقفه[1]:

أ - حقوق الملكية الفكرية:

وهي تشمل:

١ - المؤلفات المكتوبة في أي فنٍّ أو علم من العلوم (المؤلفات الأدبية - التاريخية - العلمية - الفقهية - الجغرافية - الفلسفية...).

٢ - الاختراعات والابتكارات.

٣ - برامج الكمبيوتر وأوعية المعلومات، من الأسطوانات والأقراص المدمجة.

٤ - الخرائط والرسوم الهندسية.

---

(١) في جملة هذه التطبيقات والصور - انظر: المصادر السابقة، وبحث د.صهيب حسن عبد الغفار عن «وقف المنافع والحقوق وتطبيقاتها المعاصرة» ص٢٠٨ - ٢١٤.

٥ ـ الأعمال التصويرية، والتسجيلات المسموعة والمرئية.

٦ ـ المراسلات الشخصية ذات القيمة الأدبية أو التاريخية.

٧ ـ المواقع الإلكترونية، تصميماً ومادةً، سواءٌ أكانت لأفراد أو شركات أو جامعات أو قطاع حكومي، أو غير ذلك.

ويمكن تحويل هذه الحقوق إلى وقف، بأحد الأساليب التالية:

● تصريح من صاحب هذا الحق بعدم احتفاظه به = حقوق الطبع والتوزيع غير محفوظة، وأنه يسوغ لكلٍ شخصٍ طبعه وتوزيعه.

● ما يحصل عليه صاحبه من نسخ، أو إيقاف عددٍ من النسخ، يوزع على طلبة العلم، والمكتبات العامة، والجامعات ونحوها.

● قد يستفيد صاحب هذا الحق من ريعه مادياً طيلة حياته، لكن يعلِّق وقفه بحياته، فإذا مات سرى وقفه، متنازلاً عن حقِّه فيه، علماً بأن القوانين العالمية تقرُّ له بهذا الحق إلى خمسين سنةً بعد وفاته.

● يأذن صاحب هذا الحق في وضعه على الشبكة العنكبوتية (الإنترنت) بحيث يكون مشاعاً، لكلٍ من أراد الإفادة منه.

● يأذن بترجمته ونقله إلى لغات أخرى، دون مقابل، مريداً بذلك الوقف.

● وقف براءة الاختراع مثل وقف حق التأليف، بأن يكون موضع نفع جميع الناس، وقد وقع لكثيرٍ من الأطباء المسلمين المخلصين، المزاولين لما يعرف بالطب اليوناني، في الهند وباكستان ونحوها أنهم ورثوا وصفات معينة وممارسات علاجية محددة، ولعدَّة أمراض، بعضها صعب، ثم إنهم ورَّثوها لمن بعدهم، وجعلوها بمثابة الوقف، لينتفع بها الناس، دون أن يحتكروها، أو يمنعوا غيرهم منها.

ب ـ الاسم التجاري والعلامة التجارية:

الاسم التجاري: هو اللقب المخصص لنشاطٍ تجاري، اكتسب

شهرةً وعرف بهذا اللقب، وهناك شركات عرفت بجودة مصنوعاتها، وأصالة خدماتها وصار لها رواجٌ بين الناس.

والعلامة التجارية: ما اتخذ شكلاً مميَّزاً، من الكلمات والحروف، والأرقام والرموز، والرسوم والنقوش، أو أية إشارة أخرى، مما يكون صالحاً لتمييز منتجٍ صناعي أو تجاري أو حِرَفي أو زراعي أو أي نشاطٍ قانوني آخر.

ولا شك أن صاحب الاسم التجاري أو العلامة التجارية، قد بذل جهوداً ذهنية، وأموالاً وأوقاتاً، واستعان بخبراء، ودفع مبالغ للدعاية والإعلان، حتى استقرَّ له اعتبار هذا الاسم وهذه العلامة، وحقوق المواصفات الجيدة لسلعته، والسمعة الطيبة لنشاطه وتجارته.

ولأجل أن هذا الحق غدا متقوماً محفوظاً جاز لمالكه وقفه على سبيل التنازل عنه، أو وقف ريعه.

وهذه الحقوق المعنوية ـ حال وقفها وتحبيسها من مالكيها ـ، فإنها تنتهي بانتهاء المدة المقررة قانوناً للتمتع بها، كما أن لمالكيها توقيت وقفها ابتداءً بالمدة التي يرونها.

* * *

تساؤلاتٌ فقهية حول وقف الصكوك والأسهم، واجوبةٌ مقترحة

• ما حكم التصرُّف في الأسهم والصكوك الموقوفة بأنواعها القابلة للتداول وغيرها، وبخاصة بالإبدال والاستبدال؟

الأصل: بقاء الوقف واستمراره ما دام ظاهر المصلحة في ذلك، فإذا ظهرت المصلحة ولو لزيادة الريع وتنمية الغلَّة، فضلاً عن تعذُّر الانتفاع أو محدوديته = جاز الإبدال والمناقلة به، ومن المعلوم أن الاقتصاديين يختارون الاستثمار الذي يولِّد أكبر عائدٍ مالي، ما دام في دائرة الحلال.

والإبدال: إخراج الأصل الموقوف، وهو هنا الأسهم والصكوك، عن جهة وقفها ببيعها، واستبدالها بشراء أصلٍ آخر يكون بدلاً منها.

وعلى رأس هذا الاتجاه المقدَّم المرجَّح، اختيارُ الشيخ تقي الدين ـ رحمه الله تعالى ـ وهو قولٌ لبعض الحنفية، وبعض الحنابلة[1].

لكن ينبغي تقييد ذلك ـ بخاصة في الوقف الجماعي المشترك ـ أن يحال أمر الإبدال والاستبدال إلى لجنةٍ من الفقهاء والخبراء، مستقلةٍ في اتخاذ القرار، لئلا يتخذ أمر الإبدال والاستبدال ذريعةً إلى إبطال الأوقاف.

قال صدر الشريعة: «يجوز الاستبدال . . .، ونحن لا نفتي به، وقد شاهدنا في الاستبدال من الفساد ما لا يعدُّ ولا يحصى، فإن ظلمة

---

(١) الاختيارات: ١٨٢، مجموع الفتاوى: ٣١/١٢ ـ ٥١، البحر الرائق: ٥/٢٢٣، حاشية ابن عابدين: ٤/٣٨٤، المبدع: ٥/٤٥٣، الإنصاف: ١٦/٥٢٢ ـ ٥٢٥، وقد صنِّفت في ذلك رسائل متقابلة في الإجازة والمنع، ر.أ: رسالة إعمال المصلحة في الوقف/لسيدي العلاَّمة الشيخ عبد الله بن بيه: ٢٦ ـ ٣٣، في تأصيل ذلك وتفصيله.

القضاة جعلوه حيلةً إلى إبطال أكثر أوقاف المسلمين، وفعلوا ما فعلوا»[1].

● **ما حكم التصرُّف فيها وفي حال استمرار الخسارة، وانتهاء وقف الأسهم والصكوك؟**

من المقرَّر أن الخسارة في هذه الحال تكون بحسب الحصص ونصيب المساهم.

وإذا فني المال الموقوف، ولم يبق منه شيء، فقد انتهى الوقف. وإذا تحصَّل منه شيءٌ لزم جعله في جنس مصالح الجهة الموقوف عليها أولاً.

ويمكن أن يلجأ الواقف بمفرده لأسهمه وصكوكه، أو ناظر الوقف = الجهة المشرفة = إلى أمر الإبدال والاستبدال بحسب النظر المصلحي المتوجِّه في مثل هذه الأحوال.

● **لمن يؤول بدل ملكية الأسهم في حال تصفية الشركة أو المؤسسة إن وجد؟**

إن كان الواقف قد أبَّد وقف أسهمه أصلاً وريعاً على جهةٍ بعينها، أو مصرفٍ محدَّدٍ، فإن بدل ملكية الأسهم، يؤول إلى هذه الجهة أو المصرف، في مصالحها، أو جزءٍ من مصالحها، فإن تعذَّر ففيما يقرب من جنس مصالحها.

هذا إن أبدَّ الوقف، ولم يشترط شيئاً، وإلا إن قيَّد ذلك بمدةٍ، أو حالٍ، أو اشترط شيئاً صحَّ ذلك كله، كما تقدَّم.

* * *

---

(١) مجمع الأبحر: ٧٣٦/١.

مشروع قرارٍ مقترح في وقف الأسهم والصكوك والمنافع والحقوق المعنوية

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلَّم وبارك على عبده ورسوله سيدنا محمدٍ وعلى آله وصحبه أجمعين، **وبعد**:

يقرَّر ما يلي:

بناءً على الاتجاه المرجَّح لدى جملة الفقهاء المتقدِّمين والمعاصرين من أن حدَّ المال مرجعه العرف، وما عدَّه الناس مالاً فهو مالٌ، ما دام في دائرة الإباحة الشرعية.

وبناءً على الاتجاه المقدَّم في توسيع دائرة ما يصحُّ وقفه؛ ليشمل كلَّ مملوكٍ متموَّلٍ عرفاً، متقوَّمٍ شرعاً، ولتحقيق هذا الاتجاه لمقاصد الشرع من التبرعات بوجهٍ عامٍ، ولمقاصد الشرع من الأوقاف والحُبس على الخصوص ـ فإن مجلس المجمع قرَّر:

١ ـ صحة وقف الأسهم المباحة، والصكوك الوقفية، والمنافع، والحقوق المعنوية، ما دامت في دائرة الإباحة والتقوُّم الشرعي.

٢ ـ صحة وقف ذلك وحبسه فردياً، أو عن طريق المساهمة في المشاريع والصناديق الوقفية المتنوعة.

٣ ـ بناءً على صحة وقف المنافع وحقوق الارتفاق والحقوق المعنوية، فإنه تصرف غلَّاتها وريعها في وجوه البرِّ، أو على شرط الواقف من المقاصد المعتبرة.

٤ ـ يصحُّ أن يكون ذلك كلَّه على سبيل التأبيد، أو على سبيل التأقيت، كما يصحُّ أن يكون وقفاً فردياً، أو على سبيل الوقف المشترك (الجماعي).

٥ ـ لا مانع شرعاً من استثمار أموال الأوقاف المختلفة في وعاءٍ استثماريٍّ واحدٍ، بحسب المصلحة، ومما لا يعارض المعتبر للواقف، مع المحافظة على الذمم المستحقَّة للأوقاف.

٦ ـ إذا استثمر المال النقدي الموقوف في شراء أسهم أو صكوك، فإن تلك الأسهم والصكوك لا تكون وقفاً بعينها مكان النقد، ما لم يقصد الواقف ذلك، ويجوز بيعها للاستثمار الأكثر عائدة لمصلحة الوقف، ويكون أصل المبلغ النقدي هو الموقوف المحبَّس.

٧ ـ يمكن لمن تلبَّس في أموالٍ مشتبهةٍ أو محرَّمة، لا يعرف أصحابها، أن يبرئ ذمَّته ويتمَّ توبته، ويتخلَّص من خبثها، بوقفها على أوجه البرِّ العامة، في غير ما يقصد به التعبُّد، من نحو: بناء المساجد أو طباعة المصاحف.

ويوصي بما يأتي:

● الترحيب والإفادة من التجارب والابتكارات الرائدة لبعض الدول في تطوير أوعية الأوقاف واستثمار وتنمية الوقف، مع ضرورة عرضها على المجامع والهيئات الشرعية لإقرارها.

● مع تقرُّر الاحتفاء بإشاعة الخير، وتطوير وسائل وصيغ تمويل الأوقاف، وتأصيل ذلك فقهاً إلا أنه لا بدَّ من المحافظة على الحقائق الشرعية والمصطلحات الفقهية، وإظهار الحدود والفروق بينها. فالتوسع لما يصحُّ وقفه لا يعني إلغاء الحدود والمفاهيم الشرعية المستقرة، والمدُّ والتطوير لا يراد به تمييع المسائل والفروع.

● نريد للأوقاف الإسلامية، ونريد منها أن تكون قطاعاً ثالثاً في تنمية المجتمعات المسلمة، وإقامة المصالح للأمة.

لكن لا نريد لها أن تتحوَّل إلى بدائل عن واجبات ومسؤوليات الدول والحكومات، بحيث تتخفَّف الدول من ذلك كلِّه، وتضع أعبائها

على ظهر الأوقاف؛ لأنها هي المسؤول الأول عن رعاية مصالح العباد والبلاد.

والحمد لله أولاً وآخراً، هو وليُّ كلِّ نعمةٍ ومُسدي كلِّ خيرٍ، وصلَّى الله وسلَّم وبارك على عبده ورسوله سيدنا ونبينا محمدٍ وعلى آله وصحبه أجمعين.

* * *

في وقف الحقوق والمنافع
في ضوء الأصول والمقاصد والمآلات

«... رحم الله شريحًا تكلم ببلاده، ولم يَرِدِ المدينة (المنوّرة)، فيرى آثار الأكابر من أزواج النبيّ ﷺ وأصحابه - رضي الله عنهم - والتابعين بعدهم، وما حبّسوا من أموالهم؛ وهذه صدقات رسول الله ﷺ. وينبغي للمرء أن لا يتكلم إلا فيما أحاط به خبرًا...».

إمام دار الهجرة مالك بن أنس - رحمه الله -

فهل لنا اليوم أن نقرّر: رحم الله أولئك المتفقهة الذين حصروا الحبس (الوقف) كل الحبس في الأعيان دون سواها، فلو أحاطوا خبرًا بتلك الآثار الاجتماعيّة الرائعة والوظائف التنمويّة الطيّبة لوقف الحقوق والمنافع، لما وسعهم إلا القول بجواز الحبس (الوقف) في كلّ مملوكٍ متقوّمٍ يقبل الانتفاع، بل غفر الله لأولئك العالِمين من الفقهاء الذين اشترطوا التأبيد في الوقف، فلو استصحبوا تلك المقاصد السنيّة والغايات العليّة من تشريع الوقف لرحّبوا بكل وقف سواء أكان مؤبّدًا أم مؤقّتًا!!

إعداد

الأستاذ الدكتور قطب مصطفى سانو

وزير الشؤون الدينية بجمهورية غينيا

ونائب رئيس مجمع الفقه الإسلاميّ الدوليّ

في تقديم الدراسة

الحمد لله ربّ العالمين والصلاة والسلام على من لا نبيّ بعده، وعلى آله المصطفين، وأصحابه الأخيار ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، **وبعد**:

فمن نافلة القول أنّ الساحة الماليّة الإسلاميّة المعاصرة لا تزال ترنو إلى مزيد من الدراسات العلميّة الجادّة التي تبسط القول المبين في أصول الشرع العامّة ومقاصده العليا في مسائل المال والأعمال المتجددة بتجدُّد الأزمنة والأمكنة، كما لا تزال تلك الساحة تصبو إلى دراسات منهجيّة رشيدة تجدّد النظر الحصيف الرصين، وتعمل العقل الرزين في تلك الآراء والاجتهادات التي نسجها الأقدمون إزاء تلك المسائل والقضايا التي لم تشملها نصوص الكتاب والسنّة ببيان تفصيليّ متأثّرين - بطريقة مباشرة وغير مباشرة - بظروفهم الفكريّة السائدة، وأوضاعهم الاجتماعيّة القائمة، وأحوالهم الاقتصاديّة والسياسيّة المخيّمة، ومستندين فيما انتهوا إليه من أفكار وآراء إلى سقوفهم العلميّة والمعرفيّة. مما جعل تلك الأفكار والاجتهادات تعبيرًا صادقًا وتلبيةً مخلصة لحاجاتهم الظرفيّة الزمنيّة التي كانت سائدةً غداة صياغتهم تلك الآراء والاجتهادات المأجورة حول قضايا المال والأعمال وسواها.

ومن جملة المسائل الماليّة القديمة الحديثة التي لم تخلُ اجتهادات الأسلاف في قضاياها المختلفة وموضوعاتها المتشعبة من التأثر الواضح الجليّ بالظروف والأوضاع الفكريّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة التي كانت سائدة أيامئذٍ، مسألة الوقف عمومًا، ووقف المنافع والحقوق خصوصًا، وذلك انطلاقًا من المقرّر لدى العالِمين بأنّ نصوص الشرع التي وردت في الشأن الوقفيّ نصوصٌ مرنةٌ ومعدودة، مما دفع أهل العلم بالفقه والأصول إلى صياغة جملةٍ حسنةٍ من الأحكام الاجتهاديّة والشروط الظرفيّة إزاء مختلف قضايا الوقف استنادًا إلى الأوضاع الاجتماعيّة والاقتصاديّة التي كانت مخيّمة في زمانهم.

وتأسيسًا على هذا، فإنّه من نافلة القول أن تكون تلك الأحكام والشروط الفقهائيّة أحكامًا وشروطًا داخلة ضمن الأحكام والشروط الموسومة بالأحكام الاجتهاديّة التي ما كان ينبغي لها من أن تسمو ـ بأي حالٍ من الأحوال ـ على المراجعة الناضجة، والتطوير الدائم، والترقية المتواصلة كلما تغيّرت الظروف والأوضاع التي أسهمت في تشكلها وتكوينها التزامًا بتلك القاعدة المتفق عليها عند العالِمين بالفقه والأصول: لا ينكر تغيّر الأحكام (الاجتهاديّة = الفتاوى) في شرعنا بتغيّر الأزمنة والأمكنة والأحوال والعادات والأعراف والأوضاع! وانطلاقًا من هذا، فإنّ هذا البحث يروم اليوم الإسهام في تحقيق القول المبين في مسألة هامّة من مسائل الوقف المعاصرة، إنّها تلك المسألة التي باتت تعرف في أروقة المهتمين بالشأن الوقفيّ بوقف الحقوق ومنافع الأسهم والصكوك المعاصرة.

وسعيًا إلى تناول منهجيّ متماسك لفقرات هذا الموضوع الهامّ، فقد ارتأينا إلى دراسة فقراته في خمسة فصول، عنينا في أولها بتسليط الضوء على مصطلح الوقف مصطلحًا ومفهومًا؛ وتناولنا في الفصل الثاني المسألة الوقفيّة في ضوء الأصول والمقاصد، وخصصنا الفصل الثالث لتحقيق القول في وقف الحقوق مفهومًا وتطبيقاتٍ معاصرة، وأما الفصل الرابع، فقد خصصناه لدراسة وقف المنافع مفهومًا وتطبيقاتٍ معاصرة. وتعرضنا في الفصل الخامس لبيان حكم الشرع في وقف الحقوق والمنافع؛ وأما الخاتمة، فقد احتضنت أهم نتائج البحث.

والله المسؤول أن يوفقنا إلى ما فيه صلاح ديننا ودنيانا، إن نريد إلا الإصلاح ما استطعنا، وما توفيقنا إلا بالله العليّ العزيز.

كتبها

الطامع في غفران ربّه وستره

أبو محمد أ.د. قطب مصطفى سانو

نزيل كوناكري، جمهورية غينيا، غرب إفريقيا

في مدخل معرفي لمنهجيّة الدراسة

ولئن استقرّ الرأي العامّ ذات يوم على كون الوقف المشروع شبه محصورٍ في دائرة الأعيان، بل لئن شهدت الساحة الإسلاميّة سجالاً حادًّا بين المتفقهة المعاصرين حول مشروعيّة وقف النقود، فإنّ الرأي العامّ لا يزال متوجسًا من أيّ حديث عن وقف الحقوق والمنافع، بل إنّ وقف النقود لا يزال محلّ رفضٍ من لدن العديد من المتفقهة التقليديِّين وبعض المؤسّسات الوقفيّة التقليديّة في الأقطار الإسلاميّة، مما يجعل الحديث عن مشروعيّة وقف المنافع والحقوق زيادةً في تصلب موقف أولئك الرافضين ـ أفرادًا ومؤسَّساتٍ ـ من الانتقال بالمسألة الوقفيّة من دائرة العينيّة الضيّقة إلى دائرة الماليّة المطلقة استنادًا إلى الأصول العامّة والمقاصد الكليّة والمآلات المعتبرة.

أَجَلْ! إنّ الوصول إلى الحكم المراد للشرع في مستجدات مسائل الوقف وقضاياه المتجددة يتوقف في نظرنا إلى استنادٍ مكين إلى نظرة منهجيّة موضوعيّة رصينة متأسّسة على جملة حسنةٍ من المرتكزات المنهجيّة الهامّة التي نخالها قادرة على ضبط محكم لمراد الشرع الكريم من مختلف المسائل المستجدّة والمستحدثة في المِلّة، ويمكن تلخيص تلك المرتكزات المنهجيّة في ثلاثة أسس منهجيّة ضابطة، وهي:

المرتكز الأول: ضرورة الاعتصام المكين بالأصول العامّة التي تحكم مسائل الوقف، وتتمثل تلك الأصول في تلك النصوص الشرعيّة التي وردت في ثنايا الكتاب الكريم والسنّة النبويّة الشريفة حاثّة على البرّ، والتصدق، والتبرع، والتهادي، فهذه النصوص ينبغي اعتبارها نصوصًا منطبقة على الوقف كما هي منطبقة على سواه من أعمال الإحسان والبر والتبرع.

ومن رحمة الله أن جعل هذه النصوص نصوصًا عامّة ومرنةً تسع لتعدد الأفهام والآراء، كما تسع لتوجيه مستجدات جميع الأعصار

والأمصار، ولا يتوقف فهمها، وضبط معانيها، وتطبيق مقتضاها على عصر دون عصر، مما يجعل اللواذ بها أساسًا لا يصح الحيدة عنه البتة عند الهمّ ببيان حكم الشرع في النوازل والمستجدات والحوادث. ومما يمكن إدراجه ضمن أصول الشرع العامّة، تلك القواعد الفقهيّة والأصوليّة الكليّة التي تضافرت جهود الأجيال على صياغتها وضبطها أملاً في أن تغدو قواعد حاكمةً على الأحكام الجزئيّة، ومستجدات الأحوال والأوضاع، وبفضل الله لا يكاد يخلو وضع من الأوضاع القديمة أو المستجدة من قواعد تنير الدرب للسائرين الباحثين عن حكم الشرع في مختلف المسائل وخاصّة المسائل المستجدة.

إنّ الاحتكام إلى القواعد الكليّة المستخلصة من النصوص الشرعيّة العامّة من شأنها تحقيق ربط مكين بين الجزئيات والكليّات، كما أنّ من شأن ذلك تجاوز آفة ضرب نصوص الشرع العامّة بعضها ببعض، بل إنّ ذلك يبعد عن المتعامل مع مسائل الشرع عن ذلك الفصام النكد الذي يفتعله بعض عامّة الفقهاء بين كليات الشرع وجزئيّات الأحكام.

وأما المرتكز المنهجيّ الثاني الذي نرى ضرورة الانطلاق منه لبيان حكم الشرع في مستجدات قضايا الوقف، فإنّه يتمثّل في الاستحضار الأمين لمقاصد الشرع السامية في المسألة الوقفيّة انطلاقًا من أنّ تلك المقاصد تعدّ معاني وحِكَمًا ثابتة لا يعتورها تغيّر، ولا يطرأ عليها تبدّل، ولا يغشاها تحوّل، بل تعدّ تلك الأحكام والشروط الاجتهاديّة التي صاغها الفقهاء في غابر الأزمان وسائل تروم تحقيق تلك المعاني السامية، مما يعني قابليّة تلك الوسائل التغيّر والتبدّل والتطور والحذف والإضافة كلما لاح في الأفق حاجة إلى التغير والتطور تحقيقًا للمقاصد.

وبناءً على هذا، فإنّ الاعتداد بمقاصد الشرع في الوقف من شأنه تجديد النظر في الأحكام والشروط الاجتهاديّة المنسوجة حول مختلف مسائله بحيث يتوقف الاعتداد بتلك الأحكام والشروط على تحقق المقاصد منها، فإذا أمست تلك الأحكام أو الشروط غير محقّقة المقاصد، أو متعارضة مع المقاصد، فإنّه ينبغي الانصراف عنها وإبدالها

بغيرها انطلاقًا من أنّ المقاصد ثابتة، والأحكام والشروط الاجتهاديّة متغيّرة!

وأما المرتكز المنهجي الثالث الأخير الذي ينبغي اللواذ به عند الهمّ ببيان حكم الشرع في مستجدات المسائل وخاصّة مستجدات الوقف، فإنّه يتمثّل في ضرورة الالتفات إلى مآلات الأفعال من خلال الوعي الرشيد بمضامين النصوص العامّة ومعاني المقاصد العليا بغية ضمان توقيع تلك المضامين والمعاني على مستجدات الأوضاع والظروف الفكريّة والاجتماعيّة والاقتصاديّة والسياسيّة.

إنّ هذا الالتفات ينطلق من الفهم العميق بطبائع النصوص ومجالات تطبيقها، كما يرتكز على فهم مكين بذلك الفرق الثاوي بين النصوص الشرعيّة الثابتة والأفهام المتغيرة المنسوجة إزاءها، مما يبعد الناظر عن الخلط بين النصوص وأفهامها، كأن يجعل الأفهام مساوية لحقائق النصوص أو يجعل النصوص مساوية للأفهام، والحال أنّ بينهما بونًا شاسعًا، وفضلاً عن هذا، فإنّ المرتكز يمكّن الناظر من إدراك ذلك التأثير الجليّ للأوضاع والأحوال والأزمنة والأمكنة في تشكل الأفهام وصياغتها، مما يجعل الأفهام قابلة للتغير والتبدل والتحول كلما تغيرت وتبدلت تلك الأوضاع والأحوال التي أسهمت في تشكلها. وبناءً على هذا، فإنّ بيان حكم الشرع في مستجدات قضايا ومسائل الوقف مرتهن بضرورة الالتفات إلى المآلات، بحيث إذا كان يترتب على حكم بالحلّ أو الحظر في مسألة من تلك المسائل أو القضايا جلب منفعة معتبرة، أو درء مفسدة معتبرة، وجب اللواذ بالقول بالحلّ، والعكس صحيح، إذا كان يترتب على القول بالحظر جلب منفعة أو درء مفسدة وجب القول بالحظر، وهلمّ جرًّا! ورحم الله الإمام الشاطبي الذي نبّه ذات يوم على أهميّة الاعتداد بالمآلات، فقال في موافقاته ما نصّه:

«. . . النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعًا، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أنّ المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلّفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل؛ مشروعًا لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ،

ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه، أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعيّة، فربمّا أدّى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعًا من إطلاق القول بالمشروعيّة، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعيّة... (فالنظر في مآلات الأفعال) مجال للمجتهد صعب الموارد، إلا أنّه عذب المذاق، محمود الغبّ، جار على مقاصد الشريعة...»[1].

وعلى العموم، إنّ الانطلاق من هذه المرتكزات المنهجيّة المترابطة يمكننا من حسن التعامل مع الأحكام الاجتهاديّة القارّة في المدوّنات الفقهيّة تفريقًا بينها وبين نصوص الشرع، وتقريرًا لقابلية تلك الأحكام التغير والتطور والتحول والتبدل، كما أنّه من شأن الانطلاق من هذه المرتكزات الانفتاح الرشيد على تلك الصور التي استجدّت ولا تزال تستجدّ في مسائل الوقف وقضاياه إدراجًا لتلك المستجدات ضمن ما دلّت عليه نصوص الشرع العامّة المرنة من حثّ على البرّ والإحسان والتبرع، وتحقيقًا للمقاصد الشرعيّة الثابتة في مسائل المال والأعمال عمومًا، وفي المسألة الوقفيّة خصوصًا.

وفضلاً عن هذا، فإنّ الانطلاق من هذه المرتكزات يعدّ إحياءً لسيرة المحقّقين من المتفقهة والأصوليّة والمقاصديّين حيث كانوا يجدّدون النظر الرصين في مستجدات المسائل والقضايا، ويرحّبون بكل جديد نافع مفيد من الأفكار والآراء، مما أورث الفقه الإسلاميّ سمة التطور المستمر، والثراء المتجدد، والاستيعاب الواعي الهادف لمستجدات الأفكار والآراء!

وعلى العموم، هلمّ بنا لنحقّق القول في وقف المنافع والحقوق في ضوء هذه المرتكزات المنهجيّة الضابطة سائلين المولى السداد في الرأي، والوجاهة في النظر، والقوة في الاستدلال.

---

(١) انظر: الموافقات - مرجع سابق - ج٤ ص٥٥٢ - ٥٥٣ باختصار وتصرف.

الفصل الأول
في مصطلح الوقف: المفهوم والمضمون

١ ـ بالرجوع إلى المدوّنات الفقهيّة يجد المرء عددًا غير قليل من التعريفات التي جادت بها تلك المدوّنات لمصطلح الوقف، وقد عرّفه بعض السادة الحنفيّة كالسرخسي بقوله:

«... اعلم بأنّ الوقف لغة الحبس، والمنع وفيه لغتان أوقف يوقف إيقافًا ووقف يقف وقفًا قال الله تعالى: ﴿وَقِفُوهُمْ إِنَّهُم مَّسْـُٔولُونَ ﴿٢٤﴾﴾ [الصافات: ٢٤]، وفي الشريعة: عبارة عن حبس المملوك عن التمليك من الغير...»(١).

٢ ـ وأما الإمام المناوي، فقد عرّفه بقوله: «...حبس المملوك وتسبيل منفعته مع بقاء عينه، ودوام به من أهل التبرع على معيّن، يملكه بتمليكه أو جهة عامّة في غير معصية تقربًا إلى الله...»(٢).

وبتعبير آخر يراد به عند الإمام الكبيسي في أنيسه: «...حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنافع على الفقراء مع بقاء العين...»(٣).

٣ ـ فالوقف وفق هذا المنظور الحنفيّ يعدّ إخراجًا لمنفعة العين عن ملك الواقف مع بقاء العين الموقوفة على ملك الواقف، مما يعني أنّ الوقف لا يزيل ملكية الواقف نهائيًا، كما يعني أنّ الموقوف يجب أن يكون عينًا لا تزول باستخدام الموقوف له، ومقتضى هذا أنّ ما ليس

---

(١) انظر: المبسوط ـ محمد بن أبي سهل السرخسي ـ (بيروت، دار المعرفة، طبعة عام ١٤٠٦م) ج١٢ ص٢٧.

(٢) انظر: التوقيف على مهمات التعاريف، المناوي، «بيروت، عالم الكتب، طبعة عام ١٩٩٠م» ص٣٤٠.

(٣) انظر: أنيس الفقهاء ـ أحمد الكبيسي ـ (جدة، دار الوفاء للنشر...) ص١٩٧.

عينًا لا يمكن وقفه شرعًا، وبتعبير أدقّ لا يصحّ وقف المنافع، وذلك لانتفاء العينيّة عنها، والعينيّة يعدّ شرطًا أساسًا يجب توافره في الموقوف ليعتدّ بالوقف شرعًا.

٤ ـ وفضلاً عن هذا، فإنّه يشترط في الوقف ـ وفق هذا التصور الحنفيّ ـ أن يكون إخراجًا لمنفعة العين من ملكيّة الواقف على سبيل التأبيد، فإذا خلا الوقف من التأبيد لم يعدّ وقفًا شرعًا، وقد قرّر هذا الأمر الإمام الكاساني بصورة واضحة، فقال:

«...وأما الذي يرجع إلى نفس الوقف، فهو التأبيد، وهو أن يكون مؤبّدًا حتى لو وقّت لم يجز، لأنّه إزالة الملك لا إلى أحد، فلا تحتمل التوقيت كالإعتاق، وجعل الدار مسجدًا...»[١].

٥ ـ وعلى العموم، لئن أصرّ السادة الحنفيّة على تضمين تعريفاتهم بجملة من القيود، وأهمّها: قيد كون الموقوف عينًا لا غير (العينيّة)، وقيد كون الوقف مؤبّدًا (التأبيد)، فإنّ عامّة فقهاء المالكية تجاوزوا في تعريفاتهم الإشارة إلى تلك القيود، وخاصّة ذينكما القيدين ـ العينيّة والتأبيد ـ فعرّفوا الوقف تعريفًا لا يعتدّ بتلك القيود، ومن محقّقي المالكيّة الذين عنوا بصياغة تعريف له، الإمام ابن عرفة حيث عرّف الوقف تعريفًا لا يعتدّ بأيّ من القيود التي ذكرها الحنفيّة ولا سيما القيدين الأساسين، وهذا نصّ تعريفه: «...إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازمًا بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرًا...»[٢].

٦ ـ فهذا التعريف يتجاوز قيد العينيّة حيث إنّ لفظ: «شيء» يشمل الأعيان والمنافع وسواهما، فالعين شيء، والمنفعة شيء، والحقّ شيء، كما يصحّ وقف العين، فإنّه يصحّ وصف المنفعة، ويصحّ أيضًا وقف الحقّ، وذلك بحسبان هذه الأمور كلها مندرجة تحت مسمّى «شيء».

---

(١) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ـ الكاساني ـ (بيروت، دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي) ص٣٢٨ ـ ٣٢٩ بتصرف.

(٢) انظر: الفواكه الدواني ـ أحمد بن غنيم النفراوي ـ (بيروت، دار الفكر، طبعة عام ١٤١٥هـ) ج٢ ص١٥٠ باختصار.

وأما لفظا «مدّة، ولو تقديرًا» في التعريف، فإنّهما يرومان تجاوز قيد التأبيد الذي اشترطه الحنفيّة، ذلك لأنّه يعني أنّه لا محظور البتة في أن يكون للوقف مدّة معينّة يحدّدها ويقدّرها الواقف، وفضلاً عن ذلك، فإنّه لا محظور أيضًا في أن يكون الوقف مؤبّدًا.

٧ ـ لئن أصّل الإمام ابن عرفة القول في موقف السادة المالكيّة من القيود الحنفيّة بصورة غير مباشرة، فإنّ الإمام الصاوي المالكي عني بتعريفه تعريفًا أكثر وضوحًا وتجاوزًا للقيود الحنفيّة وخاصّة قيدي العينية والتأبيد، وهذا نصّ تعريفه للوقف: «...هو جعل منفعة مملوك أو غلّته لمستحقّ مدّة ما يراه المحبّس...»[١].

٨ ـ فالوقف وفق هذا التعريف يصدق على منفعة كلّ مملوك، سواء أكان ذلك المملوك عينًا أم منفعةً، أم سواهما، كما أنّه يحقّ للمحبّس ـ الواقف ـ تأبيد وقفه أو تأقيته، ولا محظور في أيّ من الأمرين اعتبارًا بأنّ كلا الأمرين من الحقوق الثابتة للواقف شرعًا.

٩ ـ وتأسيسًا على هذا، يمكننا الخلوص إلى القول بأنّ السادة المالكيّة لا يشترطون في الوقف العينيّة أو التأبيد، مما يعني أنّه يجوز في مذهبهم وقف الأعيان، والنقود، والمنافع، والحقوق، كما أنّهم لا يشترطون التأبيد، مما يعني ـ أيضًا ـ جواز تأبيد الوقف وتأقيته، فمن حقّ المحبّس (= الواقف) أن يؤبّده أو يؤقّته!

١٠ ـ إذا كان لكبار فقهاء المالكيّة ذلك الموقف المخالف لموقف فقهاء الحنفيّة، بل إذا كان عامّة السادة المالكيّة أتوا على قيدي العينيّة والتأبيد بالنقد الواضح، والتجاوز الصريح، فإنّ عامّة فقهاء الشافعيّة لم يَرُقْ لهم تبرؤ المالكيّة من كلا القيدين اللذين أوردهما السادة الحنفيّة، ولذلك، ذهبوا إلى تعريف الوقف بتعريفات تتفق من حيث الجملة مع السادة الحنفيّة وخاصّة فيما يتعلق بقيدي العينيّة والتأبيد، وهذا نصّ التعريف الذي أورده الإمام النووي ـ رحمه الله ـ للوقف في تحريره حيث عرّف الوقف بأنّه عبارة عن:

---

(١) انظر: بلغة السالك إلى مذهب الإمام مالك.

«. . . تحبيس مالٍ يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته، يصرف في وجه خير تقربًا إلى الله تعالى. . .»[1].

وبتعبير آخر عند الإمام الشربيني يراد بالوقف: «. . .حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، فيكون التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود. . .»[2].

وذهب الإمام الرملي إلى إيراد تعريف للوقف قريب من هذا التعريف، وهذا نصّ ما قاله:

«. . . الوقف. . .لغة الحبس، يقال: وقفت كذا، أي: حبسته، ولا يقال أوقفته إلا في لغة تميمية وهي رديئة وعليها العامة، وهو عكس: حبس فإنَّ الفصيح أحبس؛ وأما حَبَسَ، فلغة رديئة. . .وشرعًا: حبسُ مالٍ يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، فيكون التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود؛ ويجمع على وقوف وأوقاف. . .»[3].

١١ ـ فالوقف وفق هذا التصور عند معظم فقهاء الشافعيّة لا بدّ له من أن يكون على سبيل التأبيد انطلاقًا من كونه يتضمن قطعًا لتصرف الواقف وغيره في رقبته، ويغدو الموقوف بعدُ ملكًا لله جلّ جلاله.

١٢ ـ ولئن اهتم فقهاء هذه المذاهب الثلاثة بالقيدين المذكورين، فإنّ بعضًا من فقهاء الحنابلة تجاوزوا في تعريفاتهم الإشارة إليهما، واكتفوا بتعريف الوقف تعريفًا عامًّا لا يتعارض صراحة مع تعريفات السابقين وخاصّة السادة المالكية، وهذا نصّ التعريف الذي ذكره الإمام ابن قدامة في مغنيه:

«. . .الوقوف: جمع وقف يقال: منه وقفت وقفًا، ولا يقال:

(١) انظر: تحرير ألفاظ التنبيه ـ النووي ـ (دمشق، دار القلم. . .) ص٤٦٤.
(٢) انظر: الإقناع في حلّ ألفاظ أبي شجاع ـ محمد الشربيني ـ (بيروت، دار الفكر، طبعة عام ١٤١٥هـ) ج٢ ص٣٦٠ وما بعدها.
(٣) انظر: مغني المحتاج ـ الشربيني ـ (بيروت، دار الفكر. . .) ج٣ ص٣٧٦.

أوقفت إلا في شاذ اللغة، ويقال: حبست وأحبست، وبه جاء الحديث: «إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها» والعطايا: جمع عطية، مثل خليّة وخلايا، وبلية وبلايا. والوقف مستحب؛ ومعناه: تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة...»[(١)].

١٣ ـ فالوقف وفق هذا المنظور الحنبليّ ينتظم ما ذكره السادة المالكيّة من مشروعيّة وقف العين ومشروعيّة وقف المنفعة معًا، مما يعني أنّ كون الموقوف عينًا ليس بشرط بل يمكن أن يكون عينًا كما يمكن أن يكون منفعة، وفضلاً عن هذا، فإنّ التعريف الحنبليّ الموجز للوقف يحتمل أن يكون الوقف على سبيل التأبيد، كما يحتمل إمكانيّة كونه على سبيل التأقيت.

١٤ ـ واعتبارًا بأنّ السواد الأعظم من فقهاء الحنابلة يعتدّون بقيد التأبيد، لذلك، فإنّ بعضهم كالإمام ابن عبد الهادي، عني بنقد هذا التعريف بوصفه إيّاه بعدم الإشارة إلى شروط الوقف، ورأى ضرورة إعادة صياغته ليكون عبارة عن: «...تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته، وصرف ربحه إلى جهة برّ، تقربًا إلى الله تعالى...»[(٢)].

وأورد الإمام المرداوي تعريفًا أكثر شمولاً وتفصيلاً لموقف المذهب الحنبليّ من بعض المسائل المتعلقة بالموقوف، وهذا نصّه: «...تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه، فيكون تصرف الواقف في رقبته، ويصرف ريعه إلى جهة برّ تقرّبًا إلى الله تعالى...»[(٣)].

١٥ ـ وصفوة القول، من الجليّ مما سبق عرضه من تعريفات فقهاء المذاهب للوقف، أنّ ثمة اختلافًا واضحًا بين السادة الفقهاء في

---

(١) انظر: المغني ـ ابن قدامة ـ (بيروت، عالم الكتب...) ج٥ ص٥٩٧.

(٢) انظر: الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي، ابن عبد الهادي.

(٣) انظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ـ علي بن سليمان المرداوي ـ (بيروت، دار إحياء التراث العربي...) ج٧ ص٣.

ضبط المراد بالوقف، وقد تجلى تأثّر تعريفاتهم بمواقفهم المختلفة من قيدي العينيّة والتأبيد، حيث تبدى لنا إصرار بعضهم على ضرورة توافر هذين القيدين في الوقف ليصح اعتباره وقفًا، كما تبدى لنا تجاوز بعضهم ذينكما القيدين، واعتبارهم إيّاهما قيدين زائدين لا تتوقف مشروعيّة الوقف على توافرهما؛ وإن دلّ هذا كله على شيء، فإنّما يدلّ - في نظرنا - على كون المسألة الوقفيّة من جنس المسائل الاجتهاديّة التي تنفسح للاجتهاد والتجديد والتجدد والتطور.

وبتعبير آخر، إنّ هذا الاختلاف على المستوى التصوريّ يعدّ تقريرًا وتأكيدًا على قابليّة المسألة الوقفيّة الاجتهاد والتجديد في جميع أحكامها ومسائلها وقضاياها، وذلك بدءًا بتعريفها، وعروجًا على صورها المتعددة والمتجددة بتجدّد الأزمنة والأمكنة والأحوال والأوضاع، ووقوفًا عند بيان حكم الشرع القارّ في صورها القديمة والجديدة، ومجالاتها، وانتهاءً ببيان حكم الشرع الحنيف في مدى مشروعيّة استثمار أصولها، واستثمار مواردها وعوائدها.

١٦ - وعلى هديٍ من هذا الأمر، عني باحثون معاصرون في الشأن الوقفيّ بإيراد تعريفات للوقف، لا يجد الناظر في تعريفاتهم سوى تكرار لما انتهى إليه السابقون، ومن التعريفات المعاصرة، ذلك التعريف الذي انتهى إليه الشيخ الإمام محمد أبو زهرة في محاضراته، حيث عرّف الوقف بأنّه يراد به: «...منع التصرف في رقبة العين التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، وجعل المنفعة لجهةٍ من جهات الخير ابتداء وانتهاء...»[(١)].

وجليّ في هذا التعريف أنّه تكرارٌ واضحٌ لما انتهى إليه السادة الحنفيّة من تعريف للوقف، ولا يختلف هذا التعريف مبنًى ومعنًى عن ذلك التعريف الذي يرى الوقف محصورًا في العين دون سواها. وقد حاول بعض الباحثين المعاصرين صياغة تعريفٍ له اعتبره التعريف الذي

---

(١) محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٧.

يناسب حقيقة الوقف القانونيّة، وطبيعته الاقتصاديّة، ودوره الاجتماعيّ، وهذا نصّ تعريف الذي انتهى إليه فضيلة الدكتور منذر قحف في كتابه القيّم عن الوقف:

«...الوقف هو حبس مؤبّد ومؤقّت، لمال للانتفاع المتكرر به، أو بثمرته في وجه من وجوه البرّ العامّة والخاصّة...»[1].

١٧ ـ وبإمعان النظر في هذا التعريف الذي صاغه الدكتور منذر، نجده أقرب إلى أن يكون تصورًا عن الوقف لا تعريفًا بالوقف، ذلك لأنّ المعهود في التعريفات العلميّة أن تتضمن بصورة واضحة أهمّ العناصر الأساسيّة التي يتكون منها المعرّف به، مما يعني أنّ أيّ تعريفٍ بالوقف ينبغي أن يشتمل على ضبطٍ واضحٍ محكمٍ للأركان الضروريّة التي يتكون منها الوقف، وهي، الواقف، والموقوف له، والموقوف، والصيغة.

١٨ ـ وعليه، فإنّ النظر الحصيف في تعريف الدكتور منذر وعدد من التعريفات السابقة ما عدا تعريفي الإمام الصاوي والمرداوي، نجده جميعًا يفتقر إلى هذا البعد الهامّ في صياغة التعريفات، مما يدفعنا إلى تقرير القول بأنّ هذا التعريف والتعريفات المشابهة والمماثلة لا تعدو أن تكون تصورات عامّة لا يصدق عليها وصف التعريف أو الحدّ أو الرسم في حسّ المناطقة وعلماء الأصول.

١٩ ـ وفضلاً عن هذا، فإنّ التأمل في التعريف الذي اختاره فضيلة الدكتور منذر يفضي إلى القول بأنّه في حقيقته صياغةٌ غير مباشرة لما انتهى إليه السادة المالكيّة، وخاصّة ذلك التعريف الذي ذكره الإمام الصاوي ـ رحمه الله ـ ولا يجد المرء خلافًا جوهريًا ذا بالٍ بين ذلك التعريف وهذا التعريف الذي صاغه الدكتور، سوى ما يجده من استبدال فضيلة الدكتور الألفاظ العلميّة الدقيقة التي استخدمها الإمام الصاوي في

(١) انظر: الوقف الإسلامي: تطوره، إدارته، تنميته ـ منذر قحف ـ (دمشق، دار الفكر، طبعة عام ٢٠٠٠م)، ص٦١ ـ ٦٢ باختصار.

تعريفه بألفاظ متواضعة نخالها لا تتوافر على الدقّة والوضوح والشمول الذي يتميّز به تعريف الإمام الصاوي.

فعلى سبيل المثال، بدّل فضيلته لفظ «مملوك» بلفظ «مال»، ولا يخفى أنّ لفظ «مملوك» أدقّ وأعمق وأشمل من لفظ مال، ذلك لأنّ لفظ «مملوك» يشير إلى ضرورة وجود مالك للموقوف، وهو الواقف، كما أنّ لفظ «مدّة ما يراه المحبّس» يتضمن الأمرين التأبيد والتأقيت، ذلك لأنّ قرار التأبيد أو التأقيت شأن يختصّ به الواقف دون سواه، وقد بدّل فضيلة الدكتور هذا اللفظ بلفظ «مؤبد ومؤقت»، ولا يخفى أنّ لفظ: «مدّة ما يراه» أعمق وأدقّ وأوفق مما ذكره فضيلته.

٢٠ ـ وإضافة إلى هذا، فقد استغنى فضيلته عن لفظ «لمستحقّ» بلفظ «في وجه من وجوه البر العامّة أو الخاصّة»، وغير خافٍ بأنّ لفظ «مستحقّ » أدقّ وأعمق ذلك لأنّ الأصل في التبرعات والصدقات أن تعطى لمستحقّيها الذين يعبّر عنهم في الفقه التقليدي بالمصارف، كمصارف الزكاة، ومصارف زكاة الفطر، وسواها، ويعني هذا أنّ الوقف بوصفه تبرعًا ينبغي أن يصرف لأولئك المستحقّين، وذلك أنجع وأقرب إلى تحقيق مقاصد الشرع في الوقف وسواه.

وبطبيعة الحال لا يعني هذا حصر مصارف الوقف في مصرف دون سواه من مصارف الصدقات، ولكنّه يعني ضرورة مراعاة بُعْدِ الاستحقاق عند تعدد مستحقي الوقف، فالوقف على الفقراء مثلاً قد يقدّم على الوقف على المساكين، والوقف على الذريّة الضعاف يقدّم على الوقف على الجيران والأقارب الأباعد، وهكذا دواليكم.

٢١ ـ وعلى العموم، لئن جاز لنا أن نصوغ تعريفًا للوقف في ضوء ما سبق عرضه من اختلافات الفقهاء حول مفهوم الوقف، فإنّنا سنلوذ باختيار ذلك التعريف الذي انتهى إليه الإمام الصاوي، وذلك بعد إعادة صياغته كالتالي:

حَبْسُ مَالِكٍ مُكَلَّفٍ مَنْفَعَةَ مَمْلُوكِه مُسْتَحَقٌ مُدَّةَ مَا يَرَاهُ بِلا عِوَضٍ.

٢٢ ـ إنّ المتأمل في هذه الصياغة يجد أنّنا قد صدّرناها بلفظ «حبس» بدلاً من لفظ «جعل» استصحابًا للمعنى اللغويّ القارّ لمصطلح الوقف، كما أنّنا استغنينا فيها عن لفظ «غلّة» وذلك بحسبانه تكرارا للفظ «منفعة»، ذلك لأنّ لفظ «منفعة» يشمل في الحسّ اللغويّ الغلّة، والفائدة، والريع، والربح، والعائد، مما يجعل التنصيص عليه استطرادًا لا حاجة إليه في التعريفات.

كما أنّنا ضمّنّا التعريف لفظ «مالك مكلّف» قاصدين من ذلك ضرورة الإشارة إلى كون المحبّس (= الواقف) مالكًا شرعًا لمنفعة المملوك، وربطنا «مالك» بـ«كلّف» انطلاقًا من أنّ وقف غير المكلّف لا يعتدّ، فلا يصحّ الوقف من الصبيّ أو المجنون أو النائم.

٢٣ ـ وفضلاً عن هذا، فلقد أصرنا في هذه الصياغة على ضرورة إضافة قيد «بلا عوضٍ» تأكيدًا على البعد التبرعيّ في المسألة الوقفيّة وكون ذلك البعد من أهمّ الفروق بين الوقف وسواه من عقود المعاوضات كالإجارة، والبيع.

وأما العناصر التي تتكون منها المسألة الوقفيّة، فقد اشتمل عليها هذا التصور، وتتمثل تلك العناصر في أركان الوقف، وهي:

١) الواقف (= المالك المكلّف = المحبّس).

٢) الموقوف له (= مستحق).

٣) الموقوف (= منفعة مملوك)

٤) والصيغة.

٢٤ ـ وإضافة إلى كلّ ما سبق، فإنّنا اخترنا لفظ «مملوك» دون سواه تقريرًا وتأكيدًا على ضرورة تجاوز اشتراط كون الموقوف عينًا، بل يصحّ وقف كلّ مملوكٍ، سواء أكان ذلك المملوك عينًا أم حقًّا، وسواء أكان منفعةً، أم خدمةً أم سوى ذلك، فالعبرة في الموقوف أن يكون مملوكًا للمحبّس بالطرق الشرعيّة المعتبرة.

وأضف إلى ما سبق أنّ هذا التعريف لفت النظر والانتباه إلى أهمّ

خاصيّة من خصائص الوقف، وهي كونه تمليك المحبّس المستحقَّ منفعة المملوك دون عينه، وهذه الخاصيّة هي التي تميّز الوقف عن الصدقة والهدية والوصية وسواها من أموال التبرعات، ذلك لأنّ المتصدّق يملّك المتصدق له العين والمنفعة معًا، كما أنّ هذه الخاصيّة تميّز الوقف عن البيع الذي يعدّ تمليكًا المشتري العين مقابل ثمن، كما تميّزه عن الإجارة التي تعدّ تمليك المستأجر منفعة العين مقابل الأجر، وأما الوقف، فإنّه تمليك لمنفعة العين لمستحقّ بلا مقابل.

٢٥ ـ وأما ما يخصّ مسألة التأبيد والتأقيت، فقد تجاوزناها في التعريف بالتنصيص على أنّ ذلك من حقّ المحبّس، فإن رأى أن يجعله مؤبّدًا كان له ذلك، وإن رأى أن يجعله مؤقتًا لم يلزم بسواه، ويعدّ هذا البعد خاصيّة أخرى يختصّ بها الوقف دون سواه من التبرعات والصدقات، إذ إنّ الواقف (= المحبّس) يظلّ في حسّ الشرع الكريم مالكًا شرعيًا لأصل العين، أو أصل الحقّ، أو أصل المنفعة، أو أصل الخدمة، ولا ينبغي لأحد أن ينازعه في هذه الملكيّة التي اختصّ بها عبر سبب من أسباب الملكيّة.

٢٦ ـ وبطبيعة الحال، إنّ اختصاص الواقف بهذه الخاصيّة ينتج عنه شرعًا تحريم تصرف الناظر أو القائم على الوقف في الوقف ببيعه، أو التصرف فيه تصرفًا يؤدّي إلى تفويت هذا الحقّ الذي يختصّ به الواقف دون سواه، كما ينتج عنه تأكيد اختلاف الوقف عن الصدقات والتبرعات والهبات والوصايا، حيث إنّ ملكيّة المتصدق أو المتبرع أو الواهب تزول عن العين بمجرد انعقاد عقود الصدقات والتبرعات والهبات والوصايا، وتغدو العين بعدُ ملكًا للمتصدق له، أو الموهوب له، أو الموصى له، وليس كذلك الحال في الوقف!

٢٧ ـ ومهما يكن من شيء، فإنّنا نخلص إلى القول بأنّ هذا التعريف أكثر شمولاً من التعريفات السابقة، ولذلك سنعتمده في صياغة مختلف موضوعات هذا البحث، فلننصرف ـ إذًا ـ في تؤدة وهدوء وثقة إلى تسليط الضوء على بقية فصول البحث!

الفصل الثاني
المسألة الوقفيّة في ضوء الأصول والمقاصد

١ - إنّ بيان حكم الشرع الكريم - جوازًا ومنعًا - في وقف المنافع والحقوق وسواها، يتوقف في نظرنا على توقفٍ أساسٍ على إمعان النظر وإعمال الفكر في مضامين جملة حسنة من تلك النصوص القرآنيّة والحديثيّة العامّة التي أصّلت للمسألة الوقفيّة تأصيلاً عامًّا، وتضمنت بيانًا وافيًا لموقف الشرع الأصليّ من مختلف مسائل الوقف وقضاياه، سواء أكانت تلك المسائل والقضايا سائدة غداة نزول وورود تلك النصوص الشرعيّة، أم كانت تلك المسائل والقضايا من المسائل والقضايا التي جادت الأيام بها إثر انقطاع الوحي الإلهيّ.

كما أنّ تقرير حكمٍ للشرع أو ترجيح رأيٍ من الآراء الفقهيّة الواردة إزاء مستجدات الوقف ونوازله المتجددة، يقتضي ذلك ضرورة بسط القول المبين في تلك المقاصد الراسخات التي من أجلها شرّع المشرّع العليم - جلّ جلاله - التبرعات عامّة، والوقف خاصّة، إذ إنّ الإحاطة والإلمام بتلك المقاصد السنيّات من شأنه تمكين الناظرين في الشأن الوقفيّ من تلمس الأحكام المرادة للشارع من مختلف مستجدات الوقف ونوازله، كما أنّ من شأنه إسعاف الناظرين من أجل الترجيح الهادئ الدقيق بين تلك الآراء والاجتهادات المنسوجة حول مختلف القضايا والمسائل التي تختلف فيه الأنظار، وتتعدد فيها وجهات النظر.

وفضلاً عن هذا، فإنّ تقرير العمل بحكمٍ من الأحكام الشرعيّة الواردة في الشأن الوقفيّ يتوقف هو الآخر على ضرورة الالتفات إلى تلك المآلات التي سيؤول إليها العمل برأيٍ من الآراء الاجتهاديّة في شأنٍ من الشؤون الوقفيّة، ذلك لأنّ العمل برأيٍ من الآراء لا سدادَ له ما لم يترتب على ذلك الرأي تحقيق أمين لمراد الشرع ومقاصده من تشريعاته الوقفيّة.

ومن ثمّ، فإنّ الحاجة العلميّة تقتضي الالتفات إلى هذا البعد عند الهمّ باختيار رأي أو ترجيح قول من الآراء والأقوال الواردة في المسألة الوقفيّة ضمانًا لتحقيق ربط أمين بين نصوص الشرع ومقاصده الناظمة للشأن الوقفيّ وقضاياه المتجددة.

٢ ـ وتأسيسًا على هذا، فإنّنا نرى أن نودع هذا الفصل تحريرًا منهجيًا لهذين الموضوعين تمهيدًا لبيان حكم الشرع في وقف المنافع والحقوق والأسهم والصكوك وسواها.

فهلمّ بنا لعرض هذه الموضوعات في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: في الأصول الشرعيّة الواردة إزاء المسألة الوقفيّة:

٣ ـ من بدائه القول أنّ الوقف يعدّ عقدًا من عقود التبرعات التي وردت في شأنها نصوص عديدة من الكتاب الكريم والسنّة النبوية الشريفة، ومن أهمّ تلك النصوص، قوله تعالى: ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ ۚ وَمَا تُنفِقُوا۟ مِن شَىْءٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ بِهِۦ عَلِيمٌ ﴿٩٢﴾﴾ [آل عمران: ٩٢]، وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَنفِقُوا۟ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ ۖ وَلَا تَيَمَّمُوا۟ ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ وَلَسْتُم بِـَٔاخِذِيهِ إِلَّآ أَن تُغْمِضُوا۟ فِيهِ ۚ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ غَنِىٌّ حَمِيدٌ ﴿٢٦٧﴾﴾ [البقرة: ٢٦٧]، وقوله جلّ جلاله: ﴿وَمَآ أَنفَقْتُم مِّن نَّفَقَةٍ أَوْ نَذَرْتُم مِّن نَّذْرٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ يَعْلَمُهُۥ ۗ وَمَا لِلظَّٰلِمِينَ مِنْ أَنصَارٍ ﴿٢٧٠﴾﴾ [البقرة: ٢٧٠]، وقوله عزّ من قائل: ﴿۞ لَّيْسَ عَلَيْكَ هُدَىٰهُمْ وَلَٰكِنَّ ٱللَّهَ يَهْدِى مَن يَشَآءُ ۗ وَمَا تُنفِقُوا۟ مِنْ خَيْرٍ فَلِأَنفُسِكُمْ ۚ وَمَا تُنفِقُونَ إِلَّا ٱبْتِغَآءَ وَجْهِ ٱللَّهِ ۚ وَمَا تُنفِقُوا۟ مِنْ خَيْرٍ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنتُمْ لَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٢﴾﴾ [البقرة: ٢٧٢]، وقوله تبارك اسمه وتعالى جدّه: ﴿ٱلَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمْوَٰلَهُم بِٱلَّيْلِ وَٱلنَّهَارِ سِرًّا وَعَلَانِيَةً فَلَهُمْ أَجْرُهُمْ عِندَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ ﴿٢٧٤﴾﴾ [البقرة: ٢٧٤]، وقوله عزّ ثناؤه: ﴿ءَامِنُوا۟ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَأَنفِقُوا۟ مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ ۖ فَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ مِنكُمْ وَأَنفَقُوا۟ لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ ﴿٧﴾﴾ [الحديد: ٧].

٤ ـ وثمة آيات كثيرة تحثّ على الإنفاق الصدقي (الصدقات والتبرعات) بشكل عامّ، ولا يتسع المقام لسردها كلها، وما أوردناه كافٍ

لبيان حكم الشرع القارّ في التبرعات، وهو الندب المؤكّد. وبطبيعة الحال، لئن دلّت تلك النصوص القرآنيّة الكريمة على مشروعيّة الوقف بحسبانه نوعًا من أنواع التبرعات والصدقات المشروعة، فإنّ ثمة أحاديث نبويّة طاهرة تكفلت ببيان حكم الشرع في الوقف بصورة خاصّة.

ومن تلك الأحاديث، ما رواه الإمام الشافعي في كتابه الأم[1] عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ «أنّ عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ قال: يا رسول الله: إنّي أصبت مالاً من خيبر لم أصب مالاً قط، أعجب إليّ، أو أعظم عندي منه. فقال رسول الله ﷺ: إن شئت حبّست أصله، وسبّلت ثمره. فتصدق به عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه. وفي رواية قال له رسول الله ﷺ: حبّس الأصل، وسبّل الثمرة».

٥ ـ وما أخرجه البخاري ومسلم في صحيحهما عن أنس ـ رضي الله عنه ـ قال: «كان أبو طلحة أكثر الأنصار بالمدينة مالاً من نخل، وكان أحبّ أمواله إليه بيرحاء، وكانت مستقبلة المسجد، وكان رسول الله ﷺ يدخلها، ويشرب من ماء فيها طيب، قال أنس: فلما أنزلت هذه الآية: ﴿لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ﴾ ... قام أبو طلحة إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، إنّ الله تبارك وتعالى يقول: ﴿لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ﴾... وإنّ أحبّ أموالي إليّ بيرحاء، وإنّها صدقة لله، أرجو برّها وذخرها عند الله، فضعها يا رسول الله حيث أراك الله. قال: فقال رسول الله ﷺ: بخ ذلك مال رابح، ذلك مال رابح، وقد سمعت ما قلت: وإني أرى أن تجعلها في الأقربين. فقال أبو طلحة: أفعل يا رسول الله، فقسّمها أبو طلحة في أقاربه، وبني عمّه»...

٦ ـ وما أخرجه البخاري في صحيحه عن عثمان ـ رضي الله عنه ـ قال: «قال النبي ﷺ: من يشتري بئر رومة، فيكون دلوه فيها كدلاء المسلمين، فاشتراها عثمان رضي الله عنه».

---

(١) انظر: الأم ـ الشافعي ـ تحقيق ومراجعة بدر الدين حسون (دمشق، دار قتيبة، طبعة ثانية عام ٢٠٠٥م) ج٨ ص١٣٩.

٧ ـ وينضاف إلى هذه الأحاديث الواردة في الشأن الوقفيّ، ذلك الحديث الشهير الذي أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ «أنّ رسول الله ﷺ: قال: إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له».

٨ ـ وثمة أحاديث كثيرة أوردتها كتب الصحاح والحسان تقريرًا وتأكيدًا لما دلّت عليه الآيات الكريمات والأحاديث النبوية الشريفة، وهو مشروعيّة التصدق عامّة والوقف خاصّة.

٩ ـ واستنادًا إلى هذه النصوص انتهى عامّة أهل العلم بالفقه والأصول والمقاصد إلى تقرير القول بأنّ الوقف عقد مشروع بنصوص الكتاب والسنّة، ولم يؤثر في ذلك خلاف معتبر لدى المتفقهة والأصوليّة والمفسّرين اللهم إلا ما تنقله المدوّنات الفقهيّة عن أنّ القاضي شريحًا بن الحارث الكندي ـ رحمه الله تعالى ـ لم يكن يعتدّ بمشروعيّة الوقف، ونقل عنه الإمام الشافعي وغيره من أهل العلم بأنّه كان يقول: لا حبس عن فرائض الله[(١)].

---

(١) انظر: المغني شرح مختصر الخرقي ـ ابن قدامة ـ (بيروت، دار عالم الكتب...) ج٥ ص٥٩٨، بيروت، دار عالم الكتب. وانظر: ابن رشد: المقدّمات: ج٢ ص٤١٨ باختصار.

وقد ردّ الإمام الشافعي ـ رحمه الله ـ على القاضي شريح في كتابه الأم، حيث قال ما نصّه:

«...قال الشافعي ـ رحمه الله: وخالفنا بعض الناس في الصدقات الموقوفات، فقال: لا تجوز بحالٍ. وقال شريح: جاء محمد ﷺ بإطلاق الحبس. قال: وقال شريح: لا حبس عن فرائض الله تعالى... قال الشافعي: وحجّة الذي أبطل الصدقات الموقوفات أنّ شريحاً قال: لا حبس عن فرائض الله تعالى. لا حجّة فيها عندنا، ولا عنده؛ لأنه يقول: قول شريح على الانفراد لا يكون حجّة، ولو كان حجّة لم يكن في هذا حبس عن فرائض الله عزّ وجلّ. فإن قال: وكيف؟ قيل: إنّما أجزنا الصدقات الموقوفات إذا كان المتصدّق بها صحيحاً فارغةً من المال، فإن كان مريضاً، لم نجزها إلا من الثلث إذا مات من مرضه ذلك، وليس في واحدة من الحالين حبس عن فرائض الله تعالى...» اهـ الأم م٤ ج٨ ص١٥٧ ـ ١٥٨ بتصرف.

١٠ ـ وبطبيعة الحال، يعدّ هذا الرأي من القاضي شريح ـ رحمه الله ـ رأيًا شاذًا ومرجوحًا، ذلك لأنّه يخالف صريح النصوص القرآنيّة والأحاديث النبويّة الطاهرة التي وردت في المسألة الوقفيّة، فضلاً عن أنه رأي يتعارض مبنًى ومعنًى مع مقاصد الشرع في التبرعات بشكل عامّ، ولهذا، فلم يكن من عجب في شيء في أن تتجاوز الأمة عبر تاريخها المديد هذا الرأي الذي نخاله من زُلَلِ العلماء التي لا ينبغي لامرئ متابعتهم عليها.

وقد استغرب إمام دار الهجرة صدور هذا الرأي عن القاضي شريح، فقال فيه قولته الشهيرة: «. . .رحم الله شريحًا تكلم ببلاده، ولم يرد المدينة، فيرى آثار الأكابر من أزواج النبيّ ﷺ وأصحابه ـ رضي الله عنهم ـ والتابعين بعدهم، وما حبّسوا من أموالهم. وهذه صدقات رسول الله ﷺ وينبغي للمرء أن لا يتكلم إلا فيما أحاط به خبرًا. . .»[١]!

الفقرة الثانية: في مقاصد الشرع في الوقف:

١١ ـ لا يجد الناظر في العديد من الدراسات والمؤلّفات القديمة والحديثة التي جادت بها العقليّة الإسلاميّة إزاء المسألة الوقفيّة تأصيلا علميًا دقيقًا لمقاصد الشرع في هذه المسألة، ويعدّ الإمام ابن عاشور من العلماء المعاصرين الذين تنبهوا لهذا الأمر، فنبّه على أهميّة الالتفات إلى مقاصد الشرع في التبرعات، كما صاغ جملة من المقاصد عدّها أهمّ مقاصد الشرع في التبرعات عامّة وفي الحبس والعمرى والوصيّة والعتق خاصّة.

١٢ ـ وهذا عرض ملخّص لتلك المقاصد كما انتهى إليها الإمام ابن عاشور في كتابه القيّم مقاصد الشريعة الإسلاميّة:

«. . .عقود التبرعات قائمة على أساس المواساة بين أفراد الأمة

---

(١) انظر: المقدّمات ـ ابن رشد ـ ج٢ ص٤١٨ باختصار.

الخادمة لمعنى الأخوة، فهي مصلحة حاجيّة جليلة، وأثر خلق إسلاميّ جميل. فبها حصلت مساعفة المعوزين، وإغناء المفترين، وإقامة الجمّ من مصالح المسلمين. وليس الذي نعمد إليه بالبحث في كتابنا هذا هو مطلق العطايا والتبرعات التي تسخو بها أيدي أولي الفضل، فتضعها في أيدي العفاة، أو تتلطف بها إلى الأحبة والأقارب من صدقات يوميّة وعطايا موسميّة؛ فإنّ تلك التبرعات لا تتبعها نفوس أصحاب الحقوق. . . وإنما الذي نريده هنا هو التبرعات المقصود منها التمليك والإغناء، وإقامة المصالح المهمّة الكائنة في الغالب بأموال يتنافس في مثلها المتنافسون، ويتشاكس في الاختصاص بها المتشاكسون. . . وقد نجد في استقراء الأدلة الشرعيّة منبعًا ليس بقليل يرشدنا إلى مقاصد الشريعة من عقود التبرعات:

المقصد الأول: التكثير منها لما فيها من المصالح العامّة والخاصّة. وإذ قد كان شحّ النفوس حائلاً دون تحصيل كثير منها؛ دلّت أدلة الشريعة على الترغيب فيها، فجعلت من العمل غير المنقطع ثوابه بعد الموت. في الحديث الصحيح: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية». . .

المقصد الثاني: أن تكون التبرعات صادرة عن طيب نفس لا يخالجه تردد، لأنّها من المعروف والسخاء، ولأن فيها إخراج جزء من المال المحبوب بدون عوض يخلفه؛ فتمخض أن يكون قصد المتبرع النفع العام والثواب الجزيل. ولذلك كان من مقصد الشارع فيها أن تصدر عن أصحابها صدورًا من شأنه أن لا تعقبه ندامة حتى لا يجيء ضرّ للمحسن من جراء إحسانه، فيحذر الناس فعل المعروف؛ إذ لا ينبغي أن يأتي الخير بالشرّ كما أشار إليه قول الله تعالى: ﴿۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ۚ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوٓا۟ أَوْلَٰدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ ءَاتَيْتُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٢٣٣﴾﴾ [البقرة: ٢٣٣] فطيب النفس

المقصود في التبرعات أخصّ من طيب النفس المقرّر في المعاوضات. . .

المقصد الثالث: التوسع في وسائل انعقادها حسب رغبة المتبرّعين. ووجه هذا المقصد أنّ التبرع بالمال عزيز على النفس. فالباعث عليه أريحيّة دينيّة؛ ودافع خلقيّ عظيم؛ وهو مع ذلك لا يسلم من مجاذبة شحّ النفوس تلك الأريحيّة؛ وذلك الدافع في خطرات كثيرة أقواها ما ذكره الله تعالى بقوله: ﴿ٱلشَّيۡطَٰنُ يَعِدُكُمُ ٱلۡفَقۡرَ وَيَأۡمُرُكُم بِٱلۡفَحۡشَآءِۖ وَٱللَّهُ يَعِدُكُم مَّغۡفِرَةٗ مِّنۡهُ وَفَضۡلٗاۗ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٞ ٢٦٨﴾ [البقرة: ٢٦٨] وقد تبيّن ترغيب الشريعة فيها في المقصد الأول. ففي التوسع في كيفيات انعقادها خدمة للمقصد الأول. . .

المقصد الرابع: أن لا يجعل التبرع ذريعة إلى إضاعة مال الغير من حقّ وارث أو دائن؛ وقد كانت الوصايا في الجاهلية قائمة مقام المواريث وكانوا يميلون بها إلى حرمان قراباتهم وإعطائها كبراء القوم لحبّ المحمدة والسمعة. . .ومن أجل هذا منع المريض مرضًا مخوفًا من التبرع، ولم يمنع من المعاوضة بالبيع ونحوه؛ لأنّ في البيع أخذ عوض بخلاف التبرع، فالتهمة في تبرع المريض قائمة. . .»[(١)].

١٣ ـ هذه هي مقاصد الشرع الأساس في التبرعات كما استقرأها الإمام ابن عاشور، وبإمعان النظر فيها، نجدها تروم القضاء المبرم على العوز والحاجة على كلّ المستويات، كما نجدها تهدف إلى توسيع دائرة النفع العامّ وتكثير طرقه؛ فلئن كانت الصدقات والهبات والوصايا طرقًا من طرق التبرعات الرامية إلى إسعاف المحتاجين، ورفع العوز والضنك عنهم، فإنّ الوقف يعدّ هو الآخر طريقًا من الطرق الناجعة في مكافحة العوز، وتمكين شريحة أكبر من المجتمع في الاستفادة من الأصول الماليّة المتوافرة التي يتكرر الانتفاع بها كلما دعت الحاجة إلى ذلك.

---

(١) انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية ـ محمد الطاهر ابن عاشور ـ تحقيق ومراجعة محمد الحبيب ابن الخوجة ـ (قطر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلاميّة، طبعة عام ٢٠٠٤م) ج٣ ص٥٠٥ ـ ٥١٧ بتصرف.

١٤ ـ ومن ثمّ، فإنّنا نخلص إلى القول بأنّ ما أشار إليه الإمام ابن عاشور ـ رحمه الله ـ من مقاصد للتبرعات عامّة وللوقف خاصّة، يمكن أن يضاف إليها ثلاثة مقاصد أساسيّة، وهي:

١) مقصد الحفاظ على عددٍ من الأصول الماليّة لضمان رواجها وتداولها في المجتمع.

٢) مقصد توسيع نطاق الاستفادة والانتفاع من المال الواحد في المجتمع.

٣) مقصد ديمومة التضامن والتواصل بين أرباب الأموال وأرباب الحاجة والعوز في المجتمعات.

١٥ ـ فهذه المقاصد الثلاثة نِخَالها مقصودةً للشرع من تشريعه الوقف، فبالنسبة للمقصد الأول (الحفاظ على الأصول الماليّة لضمان رواجها في المجتمع)، فإنّه من المعلوم أنّ الفرق الأساس بين الوقف والصدقة هو أنّ أصل العين أو المنفعة أو النقد لا ينتقل إلى الموقوف له.

وبتعبير آخر، لا يملك الموقوف له الأصول الوقفيّة سواء أكانت تلك الأصول أعيانًا، أم نقودًا، أم منافعَ، أم حقوقًا، بل تظلّ ملكيّتها إما للنفع العام (= المجتمع = الشرع) أم للواقف نفسه إذا كان الوقف مؤقتًا.

١٦ ـ ومقتضى هذا أنّ المال الواحد يمكن أن ينتفع به أكبر عددٍ في المجتمع، اعتبارًا بأنّ أصله يظلّ ملكًا للمجتمع أو المالك، ولا يستأثر به فرد دون سواه. وقد أشار فضيلة الدكتور رفيق المصري إلى هذا المقصد وأهميته في كتابه القيّم حيث قال:

«. . .إنّ المنتظر من الوقف ألا يؤدّي إلى البطالة بل المنتظر منه القضاء على البطالة، وتشغيل اليد العاملة في مجال ما يحتاجه الوقف من نظار، ومساعدين، وأمناء، ومأموري قبض وصرف، ومحاسبين، ومراقبين. . . ولئن كان للوقف «الناجح» دور في حفظ أصول الثروات

في المجتمع من التبديد إلا أنّه يجب عدم المبالغة في اللجوء إلى الوقف لما قد يؤدّي إليه بعد الوصول إلى حدّ معيّن من تجميد للثروات والأصول الماليّة، وتفويت الانتفاع من عمليّات المبادلة التجاريّة عليها...»[1].

وأما بالنسبة للمقصد الثاني (= توسيع نطاق الاستفادة والانتفاع من المال الواحد في المجتمع)، فإنّه يعدّ تتمة للمقصد الأول، ولكنّه يختلف عنه في كونه مقصدًا يقوم على النظر إلى الدور الوظيفيّ الذي يؤدّيه الوقف في المجتمع، حيث إنّه يتحقق من خلاله توسيع دائرة المستفيدين من المال الواحد بلا عوض، مما ينتج عنه تحقيق الرفاهة الشاملة لعموم المجتمع، وتمكين أكبر عدد من أولئك الأفراد من الانتفاع بالمال الواحد في أوقات مختلفة، وهذا المقصد يجعل الوقف مختلفًا عن عقود المعاوضات والمشاركة التي يتحقق في بعضها الانتفاع المتكرر ولكنه بعوض من المنتفع، كما هو الحال في عقد الإجارة، كما يجعل هذا المقصد مختلفًا عن الهبة والصدقة والمنحة، إذ إنّ كلّ واحد من هذه العقود لا يتحقّق فيها الانتفاع المتكرر لغير الموهوب والمتصدق له.

١٧ ـ وبالنسبة للمقصد الثالث (مقصد ديمومة التضامن والتواصل بين أرباب الأموال وأرباب الحاجة والعوز في المجتمعات)، فإنّه يمثّل ذلك الأثر الاجتماعيّ الرائع الناتج عن الوقف، إذ يتحقق من خلاله تمكين أرباب الأموال غيرهم من المعوزين والمحتاجين من الاستفادة القصوى من منافع أموالهم، والفوائد التي كان يفترض لها أن تذهب إليهم، غير أنّهم أثاروا المعوزين بتلك الفوائد والمنافع إيمانًا منهم بضرورة القضاء على الحاجة والعوز في المجتمعات تحقيقًا للعدالة الاجتماعيّة والاستقرار النفسيّ والماديّ للسواد الأعظم من أبناء المجتمع.

١٨ ـ إنّ هذه المقاصد الثلاثة تتكامل مع المقاصد التي أشار إليها الإمام ابن عاشور ـ رحمه الله ـ ولا بدّ من استحضارها عند الهمّ

---

(١) انظر: فقه المعاملات الماليّة ـ رفيق المصري ـ (طبعة أولى عام ٢٠٠٥م): ص٢٥٣ ـ ٢٥٤.

بالترجيح فيما اختلف فيه أهل العلم حول مسائل الوقف، وعند بيان حكم الشرع فيما يستجدّ من مسائل في الشأن الوقفيّ، ذلك لأنّ استحضار هذه المقاصد كفيلٌ بأن يمكّن الناظر المتأمل من معرفة حكم الشرع الكريم الذي يتحقّق من خلاله المصلحة والنفع لعموم المجتمع؛ ولا يخفى ما في ذلك من فوائد عظيمة وعميمة.

١٩ـ وبهذا، تتبدى لنا مقاصد الشرع في التبرعات عامّة وفي الوقف خاصّة، كما تبدى لنا قبلُ تلك النصوص الشرعيّة التي وردت في شأن الوقف، وحريّ بنا أن نفزع إلى التعرف على مراد القائلين بوقف الحقوق والمنافع مفهومًا وتطبيقات، تمهيدًا لبيان حكم الشرع الحنيف في جديد المسألة الوقفيّة المعاصرة سائلين المولى الكريم أن يوفّقنا إلى السديد من الآراء، والوجيه من الأنظار، والقويم من الأفكار فيما اختلف فيه أهل العلم قديمًا وحديثًا.

* * *

الفصل الثالث
في وقف الحقوق: المفهوم والتطبيق

الفقرة الأولى: في مفهوم وقف الحقوق:

١ ـ بالرجوع إلى المعاجم والقواميس اللغويّة يجد المرء لمصطلح الحقّ معاني متعددة استنبطها أهل العلم باللغة من ثنايا نصوص الكتاب الكريم التي ورد فيها استخدام مصطلح الحقّ للدلالة على معاني مختلفة تحدّدها القرائن الحاليّة أو المقاليّة، فمصطلح الحقّ يطلق حينًا، ويراد به نقيض الباطل، كما في قوله تعالى: ﴿وَقُلْ جَآءَ ٱلْحَقُّ وَزَهَقَ ٱلْبَٰطِلُۚ إِنَّ ٱلْبَٰطِلَ كَانَ زَهُوقًا ﴿٨١﴾﴾ [الإسراء: ٨١] كما يطلق طورًا ويراد به الثابت كما في قوله تعالى: ﴿قَالَ ٱلَّذِينَ حَقَّ عَلَيْهِمُ ٱلْقَوْلُ رَبَّنَا هَٰٓؤُلَآءِ ٱلَّذِينَ أَغْوَيْنَآ أَغْوَيْنَٰهُمْ كَمَا غَوَيْنَاۖ تَبَرَّأْنَآ إِلَيْكَۖ مَا كَانُوٓاْ إِيَّانَا يَعْبُدُونَ ﴿٦٣﴾﴾ [القصص: ٦٣]، أي ثبت عليهم القول، وربما أطلق وأريد به الوجوب، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَوْ شِئْنَا لَأَتَيْنَا كُلَّ نَفْسٍ هُدَىٰهَا وَلَٰكِنْ حَقَّ ٱلْقَوْلُ مِنِّى لَأَمْلَأَنَّ جَهَنَّمَ مِنَ ٱلْجِنَّةِ وَٱلنَّاسِ أَجْمَعِينَ ﴿١٣﴾﴾ [السجدة: ١٣]، ويراد به أيضًا الحظ، والنصيب كما في قوله تعالى: ﴿وَفِىٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّآئِلِ وَٱلْمَحْرُومِ ﴿١٩﴾﴾ [الذاريات: ١٩]، بل يعدّ في بعض الأحيان اسمًا من أسمائه جلّ جلاله، فهو الحق العليم الخبير القدير، كما في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ رُدُّوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ مَوْلَىٰهُمُ ٱلْحَقِّۚ أَلَا لَهُ ٱلْحُكْمُ وَهُوَ أَسْرَعُ ٱلْحَٰسِبِينَ ﴿٦٢﴾﴾ [الأنعام: ٦٢].

٢ ـ هذه بعض معاني مصطلح الحقّ في اللغة، وبإمعان النظر والتأمل فيها نجدها متداخلة، كما نجد معنى الثبات معنى مشتركًا بين هذه المعاني، مما يدفعنا إلى القول بأنّ المراد بالحقّ عند إطلاقه مجردًا من القرائن هو الثبات والثابت.

٣ ـ وأما الحقّ اصطلاحًا، فإنّ الناظر في المدوّنات الفقهيّة لا يظفر بتعريف اصطلاحيّ جامع للمعاني اللغويّة السابقة، مما دفع الشيخ

علي الخفيف ـ رحمه الله ـ إلى القول بأنّ الفقهاء الأقدمين لم يعنوا بذكر حدّ أو رسم للحقّ، وكأنّهم رأوه واضحًا، فاستغنوا عن تعريفه(١).

٤ ـ وأما الفقهاء المعاصرون، فقد عني عدد منهم بصياغة تعريف له، ومن أولئك الفقهاء الشيخ علي الخفيف نفسه، حيث عرّف الحق بأنّه «...مصلحة مستحقة شرعًا...»(٢).

وبتعبير آخر، يراد به «...ما ثبت لإنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه...»(٣) ؛ وحاول الشيخ فهمي أبو سنة ـ رحمه الله ـ في بحث له بعنوان نظرية الحقّ أن يزيد هذا التعريف وضوحًا، فعرّفه بقوله: «...الحق في لغة العرب هو الثابت، وفي عرف الفقهاء هو ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير...»(٤).

كما عني الدكتور محمد يوسف موسى بإضفاء مزيد من الضوء على تعريف الشيخ الخفيف، فعرّف الحقّ بأنّه: «...مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع، أو لهما معًا، يقرّرها الشارع الحكيم...»(٥).

٥ ـ لئن استحضر هذه التعريفات معنى الثبات في الحقّ، فإنّ فقهاء محقّقين أجلّاء معاصرين رأوا أنّ الحقّ اختصاص، ومن أولئك الفقهاء المحقّقين الفقيه المجدّد العلامّة الشيخ مصطفى الزرقا ـ رحمه الله تعالى ـ حيث عرّف الحقّ بأنّه: «...اختصاص يقرّر به الشرع سلطة أو تكليفًا...»(٦)، وعني فضيلة الدكتور الدريني ـ حفظه الله ـ بإعادة صياغة

---

(١) نقلا من موقع إسلام أون لاين www.islamonline.net/arabic/mafaheem/2001/07/article1.shtml#top.

(٢) نقلاً من كتاب نظرية الحقّ بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ـ أحمد محمود الخولي ـ (بيروت، دار السلام...) ص٤٤.

(٣) المرجع السابق.

(٤) نقلاً من كتاب نظرية الحقّ بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ـ مرجع سابق ـ ص٤٢.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

هذا التعريف، فعرّف الحقّ بأنّه: «...اختصاص يقرّر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقًا لمصلحة معيّنة...»[1].

٦ ـ وثمة تعريفات معاصرة لمصطلح الحقّ، ولا يسع المقام لسردها كلها، وبالتأمل فيما أوردناه من تعريف للحقّ نجد أنّ تعريف الشيخ الخفيف وتعريف الشيخ الزرقا يمثّلان التعريفين الأساسين اللذين استندت إليهما بقية التعريفات المعاصرة، وبالتمعن في تعريف الشيخ الخفيف نجده تعريفًا لماهيّة الحقّ من حيث كونه شاملاً لكلّ ما يمكن أن يثبت للإنسان من مصالح ومنافع، ومصدر هذه المصالح والمنافع هو الشرع دون سواه.

وأما تعريف الشيخ الزرقا، فإنّه يركز على مصدر تسلّط الإنسان على المصالح والمنافع، وهو الشرع، فالحقّ في نظره اختصاص يقرّر من خلاله الشرع للإنسان سلطة على شيء، وهذا الشيء هو الذي اعتبره تعريف الشيخ الخفيف المصلحة أو المنفعة.

٧ ـ وبناءً عليه، فإنّه يمكننا الخلوص إلى القول بأنّ ثمة تداخلاً جليًا وواضحًا بين هذين التعريفين الأساسين مما يجعل الجمع بينهما مفضيًا في نهاية المطاف إلى صياغة تعريف دقيق متواضع للحقّ، وقد وفق الدكتور موسى إلى هذه الصياغة حيث عرّف الحقّ تعريفًا جامعًا لهذين التعريفين الأساسين بأنّه عبارة عن: «...مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع، أو لهما معًا، يقرّرها الشارع الحكيم...»[2].

٨ ـ واعتبارًا بوجود مصادر أخرى دون الشرع لإثبات المصلحة للفرد والمجتمع، كالقانون، أو العرف، لذلك، فإنّنا نرى أن تعاد صياغة هذا التعريف ليغدو تعريفًا شاملاً ينتظم كلّ مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما، يقرّرها الشرع أو القانون أو العرف.

٩ ـ إنّ مصادر الحقّ وفق هذا التصور ثلاثة، وهي الشرع،

---

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

والقانون، والعرف، فالحقوق التي يقرّرها الشرع للفرد أو المجتمع تعرف بالحقوق الشرعيّة، وتنتظم هذه الحقوق، الحقوق التي نصّ عليها الشرع الحكيم صراحة أو ضمنًا، كحقّ ملكيّة الأشياء من طرق التملك المشروعة.

١٠ ـ وأما الحقوق التي يقرّرها القانون للفرد والمجتمع، فإنّها تعدّ حقوقًا قانونيّة، ويصدق اليوم على جملة الحقوق التي لم يرد في شأنها نصّ مباشر من الشرع، ويندرج تحتها جملة الحقوق المسماة بالحقوق المدنيّة والقانونيّة، كحقّ الابتكار، وحقّ التأليف، وحقّ التنقل، وحقّ الهجرة... إلخ. وهنالك حقوق ثالثة يقرّرها العرف للفرد والمجتمع، ويصدق هذا اليوم على جملة الحقوق التي يتعارف عليها الناس تجاه بعضهم البعض دون أن يكون ثمة تنصيص عليها من الشرع أو القانون.

١١ ـ وصفوة القول، تعدّ هذه الحقوق بمصادرها المختلفة مصالح ومنافع ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما، ويختصّ بها الفرد والمجتمع اختصاصًا يخوّلهما للتصرف فيها تصرفًا مشروعًا بمقابل أو دون مقابل، ومن أوجه التصرف فيها دون مقابل، وقف منافعها، أو التصدق بها، أو إهداؤها.

١٢ ـ وبناءً على هذا، فإنّه يمكننا صياغة تعريف متواضع لمصطلح وقف الحقوق في ضوء ما سبق بأنّه عبارة عن:

حَبْسُ مَالِكٍ مُكَلَّفٍ مَنْفَعَةَ المَصْلَحَةِ الثَّابِتَةِ له شرعًا أو قَانُونًا أو عُرْفًا لِمُسْتَحَقٍّ مُدَّةَ مَا يَرَاهُ بِلا عِوَضٍ.

١٣ ـ إنّ هذا التعريف يعدّ ربطا أمينًا بين المعنى المراد من مصطلح الوقف، والمعنى المراد من مصطلح الحقوق، كما يعدّ تحريرًا متواضعًا للمصادر التي تقرّر الحقوق وتصدر عنها، وهي الشرع الكريم، والقانون، والعرف.

وبطبيعة الحال، لا خلاف في أنّ الشرع يعدّ المصدر الأول والأساس لكلّ الحقوق، ولذلك، فإذا تعارضت الحقوق الصادرة عن القانون أو العرف مع مقررات الشرع الحنيف، فإنّ الشرع هو الذي يلاذ

به، مما يعني أنّه ينبغي عرض كل الحقوق على الشرع، فما وافق مع الشرع اعتمدت، وما خالفه عدّلت، ولم يعتدّ بها.

الفقرة الثانية: في تطبيقات معاصرة لوقف الحقوق:

١٤ ـ لئن تبدى لنا المعنى المراد اصطلاحًا بمصطلح وقف الحقوق، فإنّه يجدر بنا إلقاء مزيد من الضوء على تطبيقات هذا الوقف في العصر الراهن انطلاقًا من المفهوم الذي اعتمدناه لمصطلح الحقوق وقبله لمصطلح الوقف. إنّ الناظر في الواقع المعاصر يجد أنّ ثمة حقوقًا مستحدثة في الملّة أمست اليوم أملاكًا خاصّة للأفراد والمؤسّسات والدول، ومن تلك الحقوق:

أ. حقّ الملكيّة الفكريّة:

١٥ ـ نروم به ملكيّة الأفكار التي ينسجها امرؤ في شكل مؤلّف أو كتابٍ، وتعادل هذه الملكيّة الفكريّة الملكيّة الماديّة المتمثّلة لملكيّة الأعيان، فكما يتملّك الأفراد والمؤسّسات والدول الأعيان المحسوسة من عقاراتٍ، وأراضيَ، ودورٍ، ومنازلَ، وسيارات، وأجهزة، وسواها، فإنّ أولئك الأفراد والمؤسّسات والدول أضحوا اليوم قادرين على تملك الأفكار المعنويّة التي يصوغونها في شكل ابتكارات، أو اختراعات، أو مؤلّفات، ويعدّ القانون تلك الابتكارات والاختراعات والمؤلّفات حقوقًا خاصّة بأصحابها لا يجوز لأحد منافستهم فيها، كما لا يجوز لأحد استخدامها دون إذن سابق منهم، والشأن في ملكيّة هذه الحقوق كالشأن في ملكيّة الأعيان المحسوسة، مما يجعل الاعتداء عليها مساويًا للاعتداء على الأعيان المحسوسة.

١٦ ـ وتأسيسًا على هذا، فإنّ هذه الحقوق الفكريّة تضاهي الأعيان الماديّة، مما يعني أنّه إذا كانت الأعيان صالحة للتحبيس، فإنّ هذه الحقوق تصلح هي الأخرى للتحبيس، فمن ألّف كتابًا، فإنّه يغدو مالكًا لمنافعه المعنويّة المتمثّلة في تلك الأفكار التي يشتمل عليها ذلك الكتاب، فلا يجوز لأحد الاعتداءُ عليها دون إذنِ سابقٍ منه، كما لا

يجوز لأحد أخْذُ تلك الأفكار دون نسبتها إلى صاحبه.

وأما منافع الكتاب الماديّة المتمثّلة فيما يمكن أن يتحصّل عليه من عوائد ماديّة، فإنّها هي الأخرى تعدّ ملكًا له، لا يجوز لأحد منافسته فيها، ولا الاستفادة منها دون إذْنٍ سابقٍ منه، مما يعني أنّه من المحظور ـ شرعًا وقانونًا ـ طباعة ذلك الكتاب دون إذْنِ صاحبِه، كما أنّه من المحظور أيضًا إعادة طباعته دون إذْنٍ سابقٍ من صاحبه، فإذا فعل امرؤٌ أيًا من الأمرين، فإنّ ذلك يعتبر ـ والحال كذلك ـ اعتداءً صارخًا على حقٍّ مقرّرٍ شرعًا وقانونًا، يأثم فاعله عند الله تعالى، ويستحقّ العقوبة لاعتدائه على حقّ الآخر.

ويصدق هذا الأمر على الابتكارات العلميّة التي يتوصل إليها الأفراد، فمن ابتكر فكرًا أو برنامجًا، فإنّه يغدو مالكًا لمنافع ذلك الابتكار ملكيّة تامّة يحقّ له التصرف فيها كما يشاء. كما يصدق هذا الأمر على الحقّ الموسوم بحقّ الاسم التجاريّ، فهذا الحقّ يعدّ ملكًا لصاحبه لا يجوز لأحد استخدامه دون إذن سابق منه.

١٧ ـ وصفوة القول، إنّ الحقوق الحديثة التي يقرّرها القانون أو العرف للأفراد والمؤسّسات والدول تعدّ أملاكًا خاصّة بهم لا يجوز لأحد المساس بها إلا بإذن من أصحابها، ولا فرق في نظر الشرع بين ملكيّة هذه الحقوق، وملكيّة الأعيان، فكلها مشمول بالتحريم الإلهيّ المتمثل في تحريم الاعتداء على الأموال والدماء والأعراض، وذلك في الحديث الصحيح المتفق عليه الذي قال فيه ﷺ: «إنّ دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم في بلدكم هذا» . . .

فالأموال والدماء والأعراض حرام إلى يوم القيامة، وتعدّ هذه الحقوق أموالاً، وبالتالي، فإنّه يحرم الاعتداء عليها كما يحرم الاعتداء على الدماء والأعراض.

١٨ ـ وبناءً على هذا، فإنّه يمكننا الانتهاء إلى تقرير القول بأنّه ما دامت هذه الحقوق أموالاً مملوكةً لأربابها، فإنّه يمكن تحبيسها (=

وقفها) وذلك بجعل منافعها المعنويّة والماديّة لمستحقّ لينتفع بها لفترة مؤقتة أو مؤبّدة.

ب. حقّ الطريق (= حق العبور المجانيّ):

١٩ ـ من تطبيقات وقف الحقوق المعاصرة، أن يجعل صاحب جسر أو معبر حقّ العبور المجاني لمستحقّ خاصّ أو عامّ مدة ما يراه، وقد فصّل فضيلة الدكتور منذر قحف المراد بهذا الحق بقوله:

«. . .ففي كثير من البلدان توجد اليوم طرق وجسور مملوكة لشركات خاصّة، وأحيانًا لبلديّات أو لحكومات. ويكون العبور عليها بثمن محدّد، فيمكن للشركة المالكة أن تحبّس حق العبور. . .أو جزءًا منه لوجوه البرّ؛ ويمكن أن يتخذ هذا الوقف صورًا فرعيّة عديدة، نذكر منها:

١ ـ العبور مجانًا لجميع السيارات الذاهبة إلى مكانٍ معيّن نحو مسجدٍ، له مخرج من الطريق خاصّ به ومعروف.

٢ ـ العبور مجانًا لسيارات الإسعاف والإطفاء وسيارات دور العجزة، ودور الأيتام، وغيرها من سيارات الخدمة العامة الطارئة.

٣ ـ العبور مجانًا لبعض العابرين كالمسنين والمعاقين.

٤ ـ العبور مجانًا في ساعات معيّنة، نحو ساعة ما قبل صلاة الجمعة، وساعة ما بعدها مثلاً. . .»[١].

٢٠ ـ وزيدة القول، تعدّ الحقوق برمتها أموالاً يمكن تحبيس منافعها المعنويّة والماديّة على حدّ سواء، ويصدق عليها ـ كما أسلفنا ـ وصف المملوك الذي يمكن وقفه لمستحقّ لينتفع به مدّة ما يراه المحبّس. وأما حكم الشرع التفصيليّ في مدى مشروعيّة هذا الوقف، فسيأتي معنا مزيد بيان لذلك بعد قليل.

---

(١) انظر: الوقف الإسلامي ـ مرجع سابق ـ ص١٨٧ ـ ١٨٨ باختصار.

الفصل الرابع

في وقف المنافع: المفهوم والتطبيق

الفقرة الأولى: في مفهوم وقف المنافع:

١ ـ بالرجوع إلى العديد من القواميس اللغوية المتوافرة، نجد أنّها تتفق على أنّ مصطلح المنفعة يطلق في اللغة ويراد به كلّ ما ينتفع به، كما يطلق ويراد به اللذّة.

٢ ـ وأما المنفعة في الاصطلاح الفقهيّ، فقد عرّفتها الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة بقولها: «. . . والمنفعة في الاصطلاح هي الفائدة التي تحصل باستعمال العين، فكما أنّ المنفعة تستحصل من الدار بسكناها تستحصل من الدابة بركوبها. . .»[(١)].

فالمنفعة وفق هذا التصور يكاد أن ينحصر في تلك الفائدة التي تنتج عن استعمال العين، مما يعني أنّ الفائدة التي تحصل باستعمال غير الأعيان لا تعدّ منفعة، ولا يخفى ما في هذا الحصر من نظر، ذلك لأنّ الفائدة كما يمكن استحصالها من استعمال العين، فإنّه يمكن استحصالها من استعمال الحقّ، بل يمكن استحصالها من استعمال النقود وسواها، وذلك بغض النظر عن مدى مشروعيّة تلك الفائدة وعدم مشروعيّتها.

٣ ـ وبناءً على هذا، فإنّنا نرى أنّ الأولى إعادة صياغة هذا التصور بتقرير القول بأنّ المنفعة تنتظم الفائدة التي تحصل باستعمال الشيء سواء أكان ذلك الشيء عينًا، أم نقدًا، أم حقًّا، أم منفعة، ويختلف حكم الشرع في تلك الفائدة باختلاف طرق استحصالها حلاً أو حرمةً.

٤ ـ وبطبيعة الحال، إنّنا نبادر إلى تقرير القول بأنّ ثمة تعريفات

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية (الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، طبعة أولى عام ٢٠٠٠م) ج٣٩ ص١٠١.

عديدة لمصطلح المنفعة وذلك حسب المجالات التي تستخدم فيها، إذ إنّها تعرّف في المجال النفسيّ بأنّها عبارة عن مقدار السعادة التي يحقّقها الإنسان من امتلاك الأشياء أو استخدامها.

إنّ هذا المعنى الاصطلاحيّ النفسيّ لمصطلح المنفعة لا يختلف كثيرًا عن المعنى اللغويّ القارّ لهذا المصطلح، ذلك لأنّ ثمة رابطة بين اللذّة والسعادة، بل إنّ اللذّة تمثّل في تجليّاتها السعادة التي يشعر بها الفرد، مما يعني أنّ مصطلحي اللذّة والسعادة متداخلتان، ومترادفتان، فاللذّة سعادة، والسعادة لذّة، والجمع بينهما يعرف بالمنفعة.

٥ ـ وتأسيسًا على ما سبق تقريره، فإنّه يمكننا الانتهاء إلى القول بأنّ المنفعة ما دامت شاملة الفائدة التي تحصل من استعمال الشيء، فإنّه يمكن وقف تلك الفائدة، وهو ما نصطلح عليه في هذا البحث بوقف المنافع، ونروم به وفق التصور السابق:

حَبْسُ مَالِكٍ مُكَلَّفٍ الفَائِدَةَ المتحصَّلَة له من استعمالِ مَمْلُوكِهِ لِمُسْتَحَقٍّ مُدَّةَ مَا يَرَاهُ بِلا عِوَضٍ.

فالمالك (= المحبّس) يمكّن المحبّس له (= الموقوف له) من الانتفاع من تلك الفوائد الحاصلة من الأعيان والنقود وسواها، مما يحقّق له السعادة واللذّة، وذلك إما على سبيل التأبيد أو التأقيت. ويصدق هذا التصور على الفوائد التي تستحصل من استخدام النقود، كما يصدق على الفوائد التي تستحصل من منافع الإجارات والعاريات وسواها من الأمور الماديّة والمعنويّة التي يمكن استحصال فوائد منها إن بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

الفقرة الثانية: في تطبيقات معاصرة لوقف المنافع:

٦ـ إذا كانت المنافع عبارة عن تلك الفوائد التي تستحصل من استخدام الأعيان أو استخدام الحقوق، أو استخدام النقود، فإنّ هذه الفوائد يتم تحبيسها بتمليك مستحقّ تلك الفوائد لينتفع بها مدّة ما يراه المحبّس. وهذا عرض لبعض صور تطبيقات هذا الوقف:

أ. منافع إجارات الأعيان المؤجّرة:

٧ ـ من المعلوم أنّ الإجارة عبارة عن تمليك الآخر (= المستأجر) منفعة العين المؤجّرة مقابل عوض، فإذا غدا المستأجر مالكًا لهذه المنفعة، فإنّه يمكن له أن يحبّس هذه المنفعة مدّة ما يراه وحسب ما يسمح به عقد الإجارة بينه وبين المؤجّر.

ويمكن تطبيق هذا الوقف اليوم من خلال تأجير دورٍ أو طابق من عمارة أو مركزٍ، وجعل ذلك الدور أو الطابق من العمارة وقفًا لعملٍ من أعمال البرّ العامّ كإقامة الصلوات، أو إقامة الدروس الدينيّة، وسكن طلبة العلم المحتاجين المعوزين، أو سوى ذلك من الأنشطة الخيريّة التي تعود بالنفع العميم على الأفراد والمجتمعات.

ويعدّ وقف هذه المنافع من أهمّ الوسائل المعاصرة التي يتحقق من خلالها الرفاهة الشاملة لعددٍ غير يسيرٍ من المحتاجين والمعوزين في المجتمعات، فمن خلال هذه المنافع يتمّ تمكين المعوزين من الاستفادة من الأصول التي يملكها أفراد لا يرغبون في تمليك غيرهم تلك الأصول.

وإنّني أعلم شخصيًا بعض رجال الأعمال الذين يستأجرون طوابق من العمارات، ثم يوقفونها على طلبة العلم للإقامة فيها دون مقابل تمكينًا لهم من التركيز على التحصيل العلميّ، والاستزادة من العلوم النافعة لهم دنيًا وآخرة.

ب. منافع الخدمات الحديثة من هواتف، ومواقف وسواها:

٨ ـ من المنافع التي يمكن تحبيسها في العصر الراهن، خدمات الهواتف والمواقف، إذ إنّه من الممكن شراء خدمة هاتف لمدّةٍ زمنيّةٍ محدّدةٍ، فيغدو المشتري مالكًا منفعةَ ذلك الهاتف خلال المدّة التي يتفق عليها، فإذا رغب في تحبيس منافع هذا الهاتف لصالح جهة خيريّة كالمستشفيات، ودور الأيتام، وسوى ذلك، فإنّ له ذلك.

٩ ـ وقد عني فضيلة الدكتور منذر بتفصيل هذه المنفعة بقوله:

«...وهناك صور أخرى شبيهة بوقف المنافع يمكن تمثيلها بخدمات الهاتف. فيقوم شخص بشراء خدمة هاتف محليّ مثلاً من بائع خدمات الهاتف لمدة عشر سنوات، أو على سبيل التأبيد، ثم يوقف الخدمة الهاتفية التي اشتراها لصالح مستشفى مثلاً، أو دار للأيتام، أو مكتبة عامّة؛ ويمكن لشركة الخدمات الهاتفيّة، أن تبيع هذه الخدمة بشكل مؤقت لسنوات قادمة عديدة، أو على سبيل التأبيد طالما أنّها خدمة يمكن تحديدها بأن تكون مثلاً للمكالمات المحليّة فقط، فيكون مقابلها رسم معروف محدّد، ويمكن للشركة عندئذٍ حساب سعر لهذه الخدمة لسنوات عديدة قادمة أو على سبيل التأبيد...»[1].

١٠ ـ وعلى العموم، تندرج هذه المنافع ضمن منافع الإجارات التي سبقت الإشارة إليها، ذلك لأنّ مالكها لا يمتلك العين (= الهاتف) وإنّما يمتلك منافعها (= المكالمات) مما يجعلها مندرجة ضمن منافع الإجارات.

ج. منافع الأسهم والسندات:

١١ ـ من المعلوم أنّ السهم عبارة عن الحصص التي يقدّمها الشركاء في رأس مال الشركة، كما أنّ السند يعدّ وثيقة تمثّل قرضًا على الجهة المصدرة له، ويقبل التداول، ولا يقبل التجزئة، وله قيمة اسميّة، ومن المعلوم أيضًا أنّ الأسهم يجلب لأربابها فوائد دوريّة معتبرة، وتعدّ تلك الفوائد ملكًا لأرباب الأسهم، كما تعدّ تلك الفوائد داخلة في مفهوم الأموال التي يصح تملكها شرعًا وقانونًا، وكذلك من المعلوم أنّ للسندات قيمة اسميّة ثابتة، وتمثّل حقًّا ثابتًا لأصحابه.

١٢ ـ وبناءً على هذا، فإنّ المنافع (= الفوائد) المتحصّلة من الأسهم أو السندات يمكن تحبيسها كما تحبّس منافع الأعيان والحقوق، وذلك بجامع كونها داخلة ضمن مفهوم «المملوك» الذي يصحّ الانتفاع به

---

(١) انظر: الوقف الإسلامي ـ مرجع سابق ـ ص١٩١.

شرعًا وقانونًا؛ فمن كان لهم سهمٌ أو سندٌ، ورغب في وقف فوائده (= أرباحه) كان له ذلك مدّة ما يراه.

١٣ ـ وبتعبير أدقّ، إنّ الوقف (= الحبس) كما يغشى الأعيان الثابتة والمنقولة، فإنّه يمكن أن يغشى الحقوق ومنافع الإجارات، ومنافع الأسهم، ومنافع السندات وسواها، والجامع المعتبر في ذلك هو كون الموقوف في الحقوق والمنافع مالاً متقوّمًا، فكلّ ما عدّ مالاً متقوّمًا سواء أكان عينًا أم حقًّا، أم نقدًا، أم منفعة، غشيه الوقف، وأمكن حبسه حبسًا مؤبّدًا أو مؤقتًا.

١٤ ـ بطبيعة الحال، إنّ الاعتداد بهذا الرأي يتوقف على ضرورة تجاوز تلك الآراء الفقهائيّة التي حاصرت الوقف ذات يوم في وقف الأعيان دون سواها، وأصرّت على اشتراط التأبيد في الوقف، والحال أنّ نصوص الشرع العامّة، ومقاصده الكبرى في المسألة الوقفيّة تجاوزت ـ قصدًا ـ التنصيص على كون الوقف عينًا أو نقدًا، وكونه مؤبّدًا أو مؤقتًا، فمقاصد الشرع في الوقف كما تتحقق في وقف الأعيان، فإنّها تتحقق كذلك في وقف الحقوق والمنافع وسواها، وسيأتي معنا مزيد بيان حول حكم الشرع التفصيليّ في وقف الحقوق والمنافع!

د. وقف منافع الصكوك:

١٥ ـ تعرّف معظم المعاجم والقواميس الاقتصاديّة والماليّة والقانونيّة الصكوك بأنّها عبارة عن تلك الوثائق التي يكتب فيها المعاملات والأقارير ووقائع الدعوى(١)، وبتعبير آخر يراد بها عند بعض فقهاء القانون الوثائق التي تتضمن إثباتًا لحقٍّ من الحقوق، كما يراد بها السندات التي تمثّل حقًّا من الحقوق؛ وأما العملية التي يتمُّ من خلالها إصدار الصكّ، فإنّها تعرف بالتصكيك (Securitization)، فيراد به عند أهل العلم بالاقتصاد والماليّة، تحويل الأدوات غير التسويقيّة إلى أدوات

---

(١) انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية ـ علي محمد الجمعة ـ (الرياض، مكتبة العبيكان، طبعة ٢٠٠٠م) ص٣٥٦.

تسويقيَّة قابلة للتداول والاتجار، وبعبارة أخرى، يراد به العمليَّة التي تتضمن تحويل الأدوات الماليَّة إلى وثائق وسندات قابلة للتداول بيعًا وشراءً[1].

١٦ ـ وبناءً على هذا، فإنّه يمكن تصكيك عددٍ غير يسير من العقود المعروفة، كالإجارة، والمرابحة، والسلم، والاستصناع، والمضاربة، والمشاركة، وسواها، وتعرف الصكوك المشتقّة من هذه العقود الآنف ذكرها بصكوك الإجارة، وصكوك المضاربة، وصكوك المرابحة، وصكوك السلم، وصكوك المشاركة، وصكوك الاستصناع، كما تعرف هذه الصكوك اليوم في أروقة الباحثين والمهتمين بالشأن المصرفيّ الإسلاميّ بالصكوك الإسلاميّة وذلك لكونها صكوكا مشتقّة من عقود شرعيّة معتبرة.

١٧ ـ واعتبارًا بأنّ ثمة عوائد ثابتة ومتغيرة ترجى من هذه الصكوك، وخاصّة صكوك الإجارة، لذلك، فإنّه من الممكن وقف تلك العوائد المتحصّلة من الصكوك وقفًا مؤقتًا أو مؤبّدًا، بل من الممكن وقف الصكوك نفسها مع عوائدها كما هو الحال في صكوك الإجارة، وذلك اعتبارًا بأنّ الصكوك تعدّ ـ كما أسلفنا ـ وثائق خطيّة تمثّل حصصًا معلومةً لمالكيها في ملكيّة عين، أو في ملكية منفعة عين، أو في ملكية منفعة عمل، أو في ملكيّة منفعة خدمة، كعقد الإجارة، والمشاركة، والمضاربة وسواها.

١٨ ـ وإنّما جاز وقف منافع الصكوك بأنواعها لكون عوائدها ملكًا لأربابها، وتعدّ تلك العوائد في الحسّ الفقهيّ المستنير داخلة في مفهوم الأموال التي يصح تملكها شرعًا وقانونًا، فيصح وقفها شرعًا.

١٩ ـ على أنّه من الحريّ تقريره أنّ مشروعيّة تصرف الواقف في أسهمه، وصكوكه الموقوفة تتوقف على ما يشترطه الواقف في وقفه،

---

(١) انظر: pp1-2www.lib.uwo.ca/business/securitization.html .
pp1-2www.pakistaneconomist.com/page/issue05/f&m3.ht .

فإذا اشترط التصرف فيه جاز له ذلك اعتبارًا بأنّ ملكيّة الوقف ـ وخاصّة الوقف المؤقت ـ تظل ثابتة للواقف، مما يفسح له المجال حقّ التصرف في وقفه سواء أكان ذلك سهمًا أم صكًّا. وبطبيعة الحال، كلما ابتعد الواقف عن التصرف في وقفه كان ذلك أفضل وأحسن، وخاصّة إذا كان تصرف مؤديًا إلى الإضرار بالوقف.

وعلى العموم، سيأتي معنا مزيد ـ بعد قليلٍ ـ بيان وافٍ لحكم الشرع التفصيلي في وقف المنافع والحقوق.

* * *

الفصل الخامس
في حكم الشرع في وقف المنافع والحقوق

الفقرة الأولى: الآراء الفقهية الواردة إزاء هذه المسألة: عرض وتحليل:

١ ـ بالرجوع إلى المدوّنات الفقهيّة المتوافرة نجد أنّ عامّة الحنفيّة والشافعيّة والحنابلة يرون اشتراط العينيّة في الموقوف، فإذا لم يكن الموقوف عينًا، فإنّه لا يجيزون وقفه، وبناءً عليه، فلا يجيزون وقف المنافع والحقوق لأنّها ليست أعيانًا.

وأما معظم السادة المالكيّة والمعتمد في المذهب، فإنّهم يرون جواز وقف الأعيان والمنافع والحقوق والنقود، وكلّ ما يصحّ أن يكون مملوكًا، ولكلّ واحدٍ من الفريقين أدلتهم وحججهم، وهذا عرض للأقوال المأثورة عن المذاهب المختلفة كما تنقلها المراجع الفقهيّة المتوافرة:

الرأي الأول: لا يصحّ وقف المنافع والحقوق مطلقًا:

٢ ـ يمكن نسبة هذا الرأي إلى فقهاء الحنفيّة والشافعيّة والحنابلة، وهذا نصّ ما ذكره الإمام الكاساني عن الحنفيّة مقرّرًا بأنّه يجب أن يكون الموقوف عينا لا تنقل ولا تحوّل، وهذا نصّ ما قاله بهذا الصدد:

«...فصل وأما الذي يرجع إلى الموقوف، فأنواع، منها: أن يكون مما لا ينقل ولا يحوّل، كالعقار ونحوه، فلا يجوز وقف المنقول مقصودًا لما ذكرنا أنّ التأبيد شرط جوازه؛ ووقف المنقول لا يتأبّد لكونه على شرف الهلاك، فلا يجوز وقفه مقصودًا إلا إذا كان تبعًا للعقار بأن وقف ضيعة ببقرها، وأكرتها وهم عبيده، فيجوز كذا قاله أبو يوسف.

وجوازه تبعًا لغيره لا يدلّ على جوازه مقصودًا، كبيع الشرب

ومسيل الماء والطريق أنه لا يجوز مقصودًا، ويجوز تبعًا للأرض والدار وإن كان شيئًا جرت العادة بوقفه، كوقف الممر والقدوم لحفر القبور ووقف المرجل لتسخين الماء ووقف الجنازة وثيابها؛ ولو وقف أشجارًا قائمة فالقياس أن لا يجوز لأنه وقف المنقول، وفي الاستحسان يجوز لتعامل الناس ذلك وما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن...ولا يجوز وقف الكراع والسلاح في سبيل الله تعالى...

وأما وقف الكتب فلا يجوز على أصل أبي حنيفة؛ وأما على قولهما فقد اختلف المشايخ فيه وحكي عن نصر بن يحيى أنّه وقف على الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة...»[١].

٣ ـ وأما الإمام النوويّ، فقد نصّ هو الآخر في روضته على هذا الرأي مقرّرًا ومدافعًا، وهذا نصّ ما قاله:

«...الركن الثاني: الموقوف، وهو كل عين معيّنة مملوكة ملكًا يقبل النقل يحصل منها فائدة أو منفعة تستأجر لها. احترزنا بالعين عن المنفعة، وعن الوقف، الملتزم في ذمته، وبالمعيّنة عن وقف أحد عبديه، وبالمملوكة عمّا لا يملك، وبقبول النقل عن أم الولد والملاهي. وأردنا بالفائدة: الثمرة واللبن ونحوهما، وبالمنفعة: السكنى واللبس ونحوهما. وقولنا: تستأجر لها، احتراز من الطعام ونحوه...»[٢].

وذهب فقهاء الحنابلة إلى تقرير هذا الرأي من خلال التنصيص على ضرورة كون الموقوف عينًا لا يؤدّي الانتفاع بها إلى فنائها أو إتلافها، وفي هذا يقول صاحب كتاب المحرّر في الفقه ما نصّه:

«... باب الوقف لا يصحّ الوقف إلا في عين يجوز بيعها، ويدوم نفعها مع بقائها عقارًا كانت أو منقولاً مفردًا أو مشاعًا...»[٣].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ـ مرجع سابق ـ ج٦ ص٢٢٠.
(٢) انظر: روضة الطالبين ـ النووي ـ تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوّض (بيروت، دار الكتب العلميّة)، ج٤ ص٣٧٨.
(٣) انظر: المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ـ عبد السلام الحراني ـ (الرياض، مكتبة المعارف، طبعة ثانية لعام ١٤٠٤هـ) ج١ ص٣٦٩.

٤ ـ هذه بعض الأقوال المأثورة عن أئمة المذاهب الفقهيّة الثلاثة إزاء وقف المنافع، ومن الواضح في هذه النقول اتفاقهم على ضرورة حصر الوقف المشروع في الأعيان دون سواها، فلا يصحّ وقف ما ليس بعين، كالمنافع، والنقود، والحقوق وسواها؛ ومستند هذا الرأي أنّ ما ليس عينًا لا يمكن تحبيسه، وبالتالي، فلا يصحّ وقفه.

الرأي الثاني: يجوز وقف المنافع والحقوق مطلقًا:

٥ ـ لئن انتهى السواد الأعظم من فقهاء المذاهب الثلاثة السابق ذكرها إلى القول بعدم مشروعيّة وقف المنافع والحقوق، فإنّ فقهاء المالكيّة نصّوا على جواز مشروعيّة هذا الوقف، ولم يعتدّوا بشرط كون الموقوف عينًا، وهذا نصّ ما قاله الإمام الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير:

٦ ـ «. . .باب في أحكام الوقف، وهو من التبرعات المندوبة قال النووي: وهو من خواصّ الإسلام لقول الشافعي لم تحبّس الجاهليّة (صحّ) ولزم ولا يتوقف على حكم حاكم (وقف مملوك) ولو بالتعليق كإن ملّكت دار فلان، فهي وقف، أو كان مشتركًا شائعًا فيما يقبل القسمة، ويجبر عليها الواقف إن أرادها الشريك، وأما ما لا يقبلها، ففيه قولان مرجّحان، وعلى الصحة يجبر الواقف على البيع إن أراد شريكه، ويجعل ثمنه في مثل وقفه. وأراد المملوك ما يشمل ملك الذات، وملك المنفعة.

فلذا قال: (وإن) كان الملك المدلول عليه بمملوك (بأجرة) كدار استأجرها مدّة معلومة، فله وقف منفعتها في تلك المدّة، وينقضي الوقف بانقضائها، لأنّه لا يشترط فيه التأبيد. . . وشمل قوله بأجرة من استأجر دارًا محبّسة مدّة، فله تحبيس منفعتها على مستحقّ آخر غير المستحقّ الأول في تلك المدّة. وأما المحبّس عليه، فليس له تحبيس المنفعة التي يستحقّها لأنّ الحبس لا يحبّس. . .»[1].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ـ مرجع سابق ـ ص٤٥٥ ـ ٤٥٦.

٧ ـ وعلى العموم، يعدّ هذا الرأي الرأي السائد بين المحقّقين من أئمة المالكيّة، ويجد الناظر في مدوّناتهم تقريرًا لهذا الرأي، كما يجد دعمًا له بذات الأدلة التي انتهى إليها الإمام الدسوقي، ويمكن الرجوع إليها في مظانها.

ومستند هذا الرأي كما هو واضح هو أنّ المنفعة «مملوك»، وما دامت «مملوكة»، فلا محظور في وقفه، والشأن في هذا كالشأن في الأعيان، فإنّ صحة وقفها تعود إلى كونها مملوكة للواقف، ولا فرق بين ملك الذات وملك المنفعة.

وبناءً على هذا الرأي، فمن استأجر دارًا، فله أن يحبّس منفعة تلك الدار لمن أراد مدّة ما يراه المحبّس.

الفقرة الثانية: في وجهة نظرنا في هذا الاختلاف الفقهي:

إنّ إمعان النظر المتفحص المتعمق في هذا الاختلاف القديم لا يجد المرء من بدّ سوى ترجيح ما انتهى إليه السادة المالكيّة وذلك للاعتبارات التالية:

أولاً: إن النصوص الواردة في المسألة الوقفيّة نصوص عامّة تنطبق على الأعيان كما تنطبق على المنافع والحقوق والنقود وسواها، مما يجعل قصرها على الأعيان دون سواها تخصيصًا لها، ومعلوم عند عامّة أهل العلم بالأصول أنّ تخصيص العامّ يحتاج إلى دليل مخصّص صريح واضح، وإذ لا دليل مخصّصًا، فإنّه يبقى العام على عمومه حتى يرد دليل مخصّص له.

وبناءً عليه، فليس من سديد الرأي ولا من وجيه القول حصر الوقف المشروع في الأعيان دون المنافع والحقوق والنقود وسواها، بل إنّ الوقف كما يكون في الأعيان، فإنّه يكون كذلك في المنافع ما دامت النصوص الواردة في الشأن الوقفيّ نصوصًا عامّة تسع الأعيان والمنافع وسواها.

ثانيًا: إنّ ثمة مقاصد شرعيّة سامية وراء مشروعيّة التبرعات عامّة

والوقف خاصّة، ومن أهمّ تلك المقاصد، مكافحة الحاجة والعوز في المجتمعات بمختلف الطرق الممكنة، وتحقيق الرفاهة الشاملة لأفراد المجتمع، والتكثير من أوجه الخير والنفع لما فيها من المصالح العامة والخاصّة، والتوسع في وسائل انعقادها.

وبالنظر في هذا الاختلاف الفقهيّ في ضوء هذه المقاصد العامّة، لا يسع المرء سوى ترجيح الرأي القائل بمشروعيّة وقف المنفعة لما يترتب على ذلك من تحقيق واضح لهذه المقاصد العليّة في التبرعات. وبتعبير آخر، إن الاحتكام إلى المقاصد يفضي إلى تجاوز الرأي المانع لما ينتج عنه من مخالفة واضحة لمقاصد الشرع في مشروعية التبرعات عامّة والوقف خاصّة.

وبناءً عليه، فإنّه يمكننا الخلوص إلى القول بأنّ مقاصد الشرع تعضد ـ بصورة جليّة واضحة ـ الرأي القائل بالجواز، مما يستلزم ضرورة ترجيحه اعتصامًا بالمقاصد وتحقيقًا للمصالح الشرعيّة المعتبرة في المسألة الوقفيّة.

ثالثًا: إذا كان من المتفق عليه عند عامّة المتفقهة أنّ الأصل في التبرعات الندب، فإنّ هذه القاعدة تنسجم مع الرأي القائل بمشروعيّة وقف المنفعة وذلك بحسبانه بابًا من أبواب التبرعات، ولا يعدو منعه أن يكون تضييقًا لدائرة التبرعات.

أخيرًا: إنّ ثمة اتفاقًا بين أهل العلم بالأصول بأنّ حكم التحريم يجب أن يكون له نصّ صريحٌ صحيحٌ واضحٌ، وإذ لا نصّ، فلا تحريم ولا حظر، وبالنظر في هذه المسألة، فإنّ المرء لا يجد نصًّا ينصّ على عدم مشروعيّة وقف المنافع أو سواه، فلو لم يكن هذا الوقف لكان ثمة نصّ من الشرع يدلّ على ذلك.

وعليه، فإنّه ينبغي على النظّار والمتفقهة المعاصرين الاستناد إلى دليل استصحاب الأصل، وهو أنّ الأصل الثابت للتبرعات هو الندب مطلقًا، فكل تبرع مندوب إليه شرعًا، ووقف المنفعة والحقوق تبرع، فهو مندوب إليه، ولا يستثنى من ذلك الأصل الاستصحابي تبرع إلا

بنصّ من الشرع، وإذ لا نصّ ـ كما أسلفنا ـ فلا بدّ من الاعتداد بدليل الاستصحاب الذي يقرّر الندبيّة المطلقة.

بهذا ننتهي إلى تقرير القول بأنّ القول بمشروعيّة وقف المنافع هو الذي تؤيّده الأدلة العامّة، وتعضده المقاصد، وتشهد له القواعد الفقهية والأصوليّة، فضلاً عن أنّه هو الذي يؤول بالنفع العميم والخير الكثير على عموم المجتمع.

* * *

أهم نتائج البحث

بفضل الله وتوفيقه، توصلنا إلى جملة حسنة من النتائج يحسن بنا عرضها في النقاط التالية:

أولاً: ثمة حاجة إلى إعادة النظر في تعريفات الوقف التقليدية التي توردها المدوّنات الفقهيّة وخاصّة تلك التعريفات التي تحصر دائرة الوقف في الأعيان دون سواها، والحال أنّ الوقف كما يصحّ في الأعيان، فإنّه يصحّ بذات الأدلة في المنافع والحقوق والنقود وسواها.

ثانيًا: إنّ جملة الأحكام المنسوجة حول كثير من مسائل الوقف لا تعدو أن تكون أحكامًا اجتهاديّة لا تسمو على المراجعة والتطوير والتعديل، وذلك بحسبانها أحكامًا متأثرة بظروف الزمان والمكان، وقديمًا قال المحقّقون من أهل العلم بالفقه: لا ينكر تغير الأحكام (الاجتهاديّة) بتغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والعادات، وإنّنا نخال هذه القاعدة أكثر تطبيقًا على تلك الأحكام الواردة إزاء العديد من مسائل الوقف، وخاصة في تلك الشروط التي نسجوها حول الواقف، والموقوف، والموقوف له.

ثالثًا: بناءً على ما سبق، فإنّ جملة الشروط التي تعجّ بها المراجع الفقهيّة التقليديّة حول الوقف تعدّ في الغالب الأعم شروطًا ظرفيّة لا محظور شرعًا وعقلاً في تجاوز ما لم تعد منها قادرة على تحقيق مقاصد الشرع من الوقف وذلك نتيجة تغير الأحوال والأوضاع، بل لا بدّ من تجديد النظر في تلك الشورط في ضوء ما استجدّ اليوم في الساحة الوقفيّة من ظروف وإمكانات لم تكن حاضرة يوم تدوين المتفقهة شروطهم.

رابعًا: إنّ الساحة الوقفيّة المعاصرة ترنو إلى صياغة هادئة رصينة لشروط جديدة تتناسب مع الواقع الاقتصاديّ والدور الاجتماعيّ والتربويّ المنوط بالوقف في المجتمعات الحديثة. فعلى سبيل المثال، لا بدّ من

تجاوز شرط كون الوقف مؤبّدًا، ذلك لأنّ هذا الشرط ظرفيّ في تشكله ولا سند شرعيًا قويًا له من نصوص الكتاب الكريم والسنّة النبويّة الشريفة، مما يجعل التشبث به مع تغير الأحوال والأوضاع مدعاة إلى سدّ أبواب مهمّة من أبواب البرّ والخير.

وينطبق هذا الأمر نفسه على اشتراط كون الموقوف عينًا بشكل عامّ أو عينًا لا يؤدّي الانتفاع به إلى فنائه أو إتلافه، فهذان الشرطان لا يستندان إلى دليل شرعيّ معتبر مسنود بنصّ قطعيّ من الكتاب أو السنّة، بل لا يعدوان أن يكونا صادرين عن اجتهاد ظرفيّ من المتفقهة الأقدمين الذين استخلصوا شروطًا ظرفيّة للموقوف استنادًا إلى وقائع معدودات لم يقصد منها حصر الوقف في تلك الوقائع، وقد كان حريًا بهم اللواذ بالقاعدة الأصوليّة التي تقرّر بأنّ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

خامسًا: إنّ تبدّل الأحوال وتغير الأوضاع الاقتصاديّة والاجتماعيّة يحتّمان على المحقّقين من أهل العلم اعتماد القول بمشروعيّة الوقف المؤبّد والوقف المؤقّت، ومشروعيّة وقف المنافع، ووقف الحقوق، وقف الأعيان مطلقًا سواء أدّى الانتفاع بتلك الأعيان إلى إتلافها أم لم يؤدّ الانتفاع إلى ذلك. إنّ هذا الرأي هو الذي تؤيّده الأدلة العامّة الواردة في الكتاب والسنّة، كما تعضده مقاصد الشرع في التبرعات عامّة وفي الوقف خاصّة، بل إنّ القواعد الأصوليّة والفقهيّة تدعم هذا الرأي بصورة جليّة لا يسع المرء سوى قبله ونشره في العالمين.

سادسًا: إنّ النصوص الشرعيّة الواردة في المسألة الوقفيّة نصوص عامّة لا يصحّ لأحد تخصيصها بنوعٍ من أنواع الوقف كوقف الأعيان، ذلك لأنّ التخصيص في الحسّ الأصوليّ يتطلب دليلاً مخصّصًا، وإذ لا دليل مخصّصًا، فإنّ العامّ يبقى على عمومه، ويصدق على جميع أفراده، مما يجعل الوقف شاملاً وقف الأعيان ووقف المنافع، ووقف الحقوق، ووقف النقود وسواه.

وبناءً على هذا، فإنّ الحاجة تمسّ إلى إعادة النظر في تلك الاجتهادات الفقهيّة التي تضيّق من دائرة الوقف المشروع، ولا تعتدّ إلا

بوقف الأعيان الثابتة غير المتحركة أو المنقولة ناهيك عن وقف المنافع والحقوق والنقود وسواها.

سابعًا: إنّ ثمة مقاصد شرعيّة معتبرة في مشروعيّة الوقف، ومن أهمّها، مقصد مكافحة العوز والحاجة في المجتمع، ومقصد الحفاظ على الأصول الماليّة وتوفيرها بغية تمكين أكبر عدد من أفراد المجتمع من الانتفاع المتكرر بتلك الأصول، ومقصد تحقيق التضامن والتواصل والتكافل في المجتمع، فضلاً عن مقصد التكثير من أوجه البرّ والإحسان.

فهذه المقاصد وسواها لا بدّ من استحضارها عند الهمّ بالترجيح بين المختلف فيه بين الفقهاء، كما لا بدّ من الاحتكام إليها عند الهمّ ببيان حكم الشرع في مستجدات الوقف وتطبيقاته المعاصرة. . . واستنادًا إليها رجّحنا الآراء التي تنسجم معها، وتعمّق تحقيق هذه المقاصد في العصر الراهن.

وأخيرًا: يدعو البحث إلى تعميق البحث العلميّ الناقد والتحقيق الموضوعيّ الثاقب الواعي في المسألة الوقفيّة بشكل منهجيّ جذريّ، وذلك بغية التمييز بين الثابت والمتغير من الآراء والاجتهادات المنسوجة إزاء مختلف قضايا الوقف ومسائله، وتحقيقًا لهذا الأمر، فإنّنا نرى تخصيص مقرّرات دراسيّة في المؤسّسات التعليميّة العليا في العالم الإسلاميّ تعنى بدراسة الوقف دراسة علميّة موضوعيّة ناضجة واقعيّة تعيد للوقف دوره التنمويّ والاقتصاديّ والاجتماعيّ يوم أن كان مفهومًا لدى العامّة والخاصّة.

إنّنا لنأمل أن يكون ذلك اليوم الذي ستستعد فيه الأمة بإعداد جيل متخصص في المسألة الوقفيّة أسوة بالتخصصات الأخرى التي تتفانى الجامعات في إعداد الأطر العلميّة القادرة فيها!

هذه بعض النتائج الأساسيّة التي توصلنا إليها في هذه الدراسة، وثمة نتائج أخرى يمكن للقارئ الوقوف عليها أثناء قراءته.

وبهذا نصل إلى نهاية هذه الدراسة، وأملنا أن نكون قد وفّقنا ـ

بفضل الله وتوفيقه - في نسج خيوطها وإحكام خطوطها، وتجلية موضوعاتها، وتحقيق الأهداف المرجوة منها، ويحدونا أملٌ فسيحٌ في أن يمدّ الله في الأجل لنوسع جملةً حسنةً من مسائل الوقف جانب التأصيل والتحقيق والتحرير والتفصيل، وما توفيقنا إلا بالله العليّ العظيم.

كتبها وأعدّها الراجي غفران ربّه

أبو محمد قطب مصطفى سانو

نزيل كوناكري، جمهورية غينيا

* * *

أهم مصادر الدراسة، ومراجعها

١ - القرآن الكريم.

٢ - الإقناع في حلّ ألفاظ أبي شجاع - محمد الشربيني - (بيروت، دار الفكر، طبعة عام ١٤١٥هـ).

٣ - الأم - الشافعي - تحقيق ومراجعة بدر الدين حسون (دمشق، دار قتيبة، طبعة ثانية عام ٢٠٠٥م).

٤ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل - علي بن سليمان المرداوي - (بيروت، دار إحياء التراث العربي. . .).

٥ - أنيس الفقهاء - أحمد الكبيسي - (جدة، دار الوفاء للنشر. . .).

٦ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الكاساني - (بيروت، دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي).

٧ - تحرير ألفاظ التنبيه - النووي - (دمشق، دار القلم. . .).

٨ - التنبيه - إبراهيم علي الفيروزآبادي - (بيروت، عالم الكتب، طبعة أولى عام ١٤٠٣هـ).

٩ - التوقيف على مهمات التعاريف - المناوي - (بيروت، عالم الكتب، طبعة عام ١٩٩٠م).

١٠ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - (بيروت، دار الفكر. . .).

١١ - دليل الطالب على مذهب الإمام المبجّل أحمد بن حنبل - مرعي بن يوسف الحنبلي - (بيروت، المكتب الإسلامي، طبعة ثانية ١٣٨٩هـ).

١٢ - روضة الطالبين - النووي - تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوّض (بيروت، دار الكتب العلميّة).

١٣ - فقه المعاملات الماليّة - رفيق المصري - (طبعة أولى عام ٢٠٠٥م).

١٤ - الفواكه الدواني - أحمد بن غنيم النفراوي - (بيروت، دار الفكر، طبعة عام ١٤١٥هـ).

١٥ - المبسوط - محمد بن أبي سهل السرخسي - (بيروت، دار المعرفة، طبعة عام ١٤٠٦م).

١٦ - المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل - عبد السلام الحراني - (الرياض، مكتبة المعارف، طبعة ثانية لعام ١٤٠٤هـ).

١٧ - المغني - ابن قدامة - (بيروت، عالم الكتب...).
١٨ - مغني المحتاج - محمد الخطيب الشربيني - (بيروت، دار الفكر...).
١٩ - الموافقات في أصول الشريعة - أبو إسحاق الشاطبي -.
٢٠ - مقاصد الشريعة الإسلامية - محمد الطاهر ابن عاشور - تحقيق ومراجعة محمد الحبيب ابن الخوجة - (قطر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلاميّة، طبعة عام ٢٠٠٤م).
٢١ - المهذب - إبراهيم بن علي الشيرازي - (بيروت، دار الفكر...).
٢٢ - الموسوعة الفقهية الكويتية (الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، طبعة أولى عام ٢٠٠٠م).
٢٣ - نظرية الحقّ بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - أحمد محمود الخولي - (بيروت، دار السلام...).
٢٤ - الوقف الإسلامي: تطوره، إدارته، تنميته - منذر قحف - (دمشق، دار الفكر، طبعة عام ٢٠٠٠م).
www.islamonline.net/arabic/mafaheem/2001/07/article1.shtml#top.

* * *

وقف الأسهم والصكوك
والحقوق والمنافع

إعداد
أ.د. محمود السرطاوي
كلية الشريعة ـ الجامعة الأردنية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن سار على دربهم، واقتدى بهديهم بإحسان إلى يوم الدين، **وبعد**:

فإنّ الشريعة الإسلامية أعلت من شأن الإنسان وكرَّمته، وشرعت من الأحكام ما يحقق له السعادة في الدنيا والآخرة، وجعلت التكافل بين أبناء المجتمع سبيلاً من سبل تحقيقها؛ وذلك بتوفير البيئة المناسبة في إطار الأسرة والمجتمع، وسواء في ذلك البيئة الثقافية أو الاقتصادية أو الصحية أو الأمنية أو الوقائية.

وللتكافل سبله الوجوبية؛ كالزكاة والصدقات الواجبة، والاختيارية المندوبة، ومنها: الهبات والوصايا والوقف والصدقات المندوبة، ولمّا كان الوقف من أكثرها أثراً، وأعظمها ثواباً عند الله تعالى، فقد حرص المسلمون من السلف والخلف على إقامة بنيانه، وتنظيم أركانه وشروطه، حتى غدا معلماً من معالم الحضارة الإسلامية عبر العصور، وكانت مقاصد الشارع من تشريعه هي قبلة الفقهاء من أئمة الاجتهاد وأتباعهم عند تقنين أحكامه.

ويمكن القول: إنّ أحكام الوقف الإسلامي اجتهادية مرنة، تستجيب للتطورات والظروف التي تمرُّ بها المجتمعات مع مراعاتها لأحكام الشريعة الثابتة، يدلُّ لذلك تطور الوقف عبر العصور الإسلامية؛ فأجاز الفقهاء وقف المنقول وتوسعوا فيه، كما أجازوا وقف المشاع، وعملوا على التوفيق بين قولهم بوقف المنقول وتأبيد الوقف.

ولمّا اقتضت حاجة المجتمع القول بوقف النقود لما يعود عليه بالنفع؛ قال كثير من الفقهاء بوقف النقود، وعلى رأسهم شيخ الإسلام ابن تيمية ـ رحمه الله ـ، كما أجازه فقهاء المالكية للسَّلَف، وهذا يدل على سعة إدراكهم لمقاصد التشريع ومراميه.

ولمّا كانت الظروف الاقتصادية في مفهوم الأموال قد اتسعت في زماننا، فوجدت الشركات المساهمة، وأُقرَّت أدوات استثمارية أخرى تُعتبر عصب

الاقتصاد في زماننا؛ كالأسهم، والصكوك، والحقوق المالية والمنافع، كان من الواجب بيان الحكم الشرعي في وقف هذه الصيغ الاستثمارية، وذلك تعظيماً للوقف، وتنويعاً لمصادره، وإفساحاً لكثير من المحسنين لنيل الثواب بوقف شيء ممَّا يملكونه، وقد أصبحت ملكية كثير من الناس لا تكون في العقار، وإنما في الأسهم، والصكوك، والحقوق المالية، والمنافع.

وقد تصدَّى لبحث هذه المسائل عدد كبير من أهل العلم، وألَّفوا في ذلك الكتب، وكتبوا الأبحاث القيمة، وأقيمت مؤتمرات تبحث في هذا الأمر، وقد أتى كثير منهم على الغاية، ولا زال الأمر في حاجة إلى مزيد من البحث قَصْدَ التأييد والتثبُّت من الحكم في المسألة، وقد حاولت أن أدلي مع الزملاء بسهم، ولهم أجر السبق، وللقائمين على الأمر أجر القصد والعمل الصالح، خدمةً لديننا ومجتمعنا.

وقد جاء هذا البحث في مبحثين ومقدمة وخاتمة: أمّا المقدمة ففي تعريف الوقف في اللغة والاصطلاح.

المبحث الأول: في شروط الوقف التي لها علاقة مباشرة ببناء الحكم في المسائل المستجدة (لا في جميع الشروط تجنّباً للإطالة). وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في تأبيد الوقف.

المطلب الثاني: في وقف المنقول.

المطلب الثالث: في وقف المشاع.

خلاصةٌ في الموجهات المستفادة من مقاصد الشارع في الوقف وشروطه.

المبحث الثاني: في وقف الأسهم والصكوك والحقوق والمنافع، وذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في وقف الأسهم.

المطلب الثاني: في وقف الصكوك.

المطلب الثالث: في وقف الحقوق والمنافع.

الخاتمة: وتتضمن التوصيات.

والله العليَّ العظيمَ أسأل أن يوفقني لما فيه خدمة ديننا ومجتمعنا، وأن يغفر لي زلاّتي، فحسبي أني أردت الخير، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الأستاذ الدكتور محمود السرطاوي

٢٠٠٩/٢/٥م

مقدّمة

في معنى الوقف:

الوقف لغة: الحبس، ومنه قولهم: وقَفَ الأرضَ على المساكين أو للمساكين وقفاً: حبسها[1].

وبه جاء الحديث: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها».

الوقف اصطلاحاً: عرّفه جمهور الفقهاء بألفاظ متقاربة في المعنى، وأدخل بعضهم الشروط في التعريف، ومن ذلك:

عرّفه الشافعية بأنه: «تحبيس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته، يُصرف في وجه خير تقرباً إلى الله تعالى»[2].

وعرّفه المالكية بأنه: «إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه، ولو تقديراً»[3].

وعرّفه بعض المالكية بأنه: «جعل منفعة مملوك أو غلته لمستحق بصيغة مدة ما يراه المحبّس»[4].

وعرّفه الحنابلة بأنه: «تحبيس الأصل، وتسبيل الثمرة أو المنفعة»[5].

أمّا الحنفية فهو على رأي الإمام أبي حنيفة: «حبس العين على ملك الواقف، والتصرف بالمنفعة»[6].

وعند الصاحبين: «حبس العين على حكم ملك الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد، فيلزم ولا يباع، ولا يوهب، ولا

---

(١) لسان العرب: ابن منظور (٣٥٩/٩)، والمعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية (١٠٦٣/٢).
(٢) تحرير ألفاظ التنبيه: للنووي (ص٤٦٤).
(٣) مواهب الجليل شرح مختصر خليل: محمد الحطاب (١٨/٦).
(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير: أحمد الصاوي (٩٧/٤).
(٥) شرح منتهى الإرادات: منصور البهوتي (٤٨٠/٢).
(٦) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لابن نجيم (٢٠٢/٥).

يورث»[1].

ومن التعريفات السابقة يظهر التباين في بعض شروط صحة الوقف عند الفقهاء، ويمكن أن نجمل شروط الموقوف عند جمهور الفقهاء فيما يأتي:

يشترط الحنفية في الموقوف أن يكون عقاراً، فلا يجوز وقف المنقول عندهم إلا تبعاً للعقار؛ كوقف المزرعة ببقرها، أو أن يكون المنقول ممّا ورد النص بجواز وقفه؛ كوقف السلاح والكراع في سبيل الله للنص، أو جرت العادة بوقفه.

ويشترط عندهم قسمة الأرض المملوكة على سبيل الشيوع إذا أراد أحد الشركاء وقف حصته فيها على تفصيل سيأتي بيانه، ولا يجوز وقف المشاع ليكون مسجداً أو مقبرة إلا بعد الفرز[2].

ولا يشترط المالكية لجواز الوقف أن يكون المال الموقوف عقاراً؛ حيث يجوز عندهم وقف المنقول أيضاً، كما يجوز وقف المشاع[3].

وذهب الشافعية إلى اشتراط دوام الانتفاع بالموقوف، وتعتبر مدة الانتفاع لكل شيء بحسبه، فيجوز عندهم وقف المنقول بهذا الشرط، كما يجوز عندهم وقف المشاع[4].

ويشترط الحنابلة في الموقوف أن يكون عيناً معلومة يصح بيعها، ويمكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها عرفاً، فيجوز وقف العقار كالأرض والبناء، ويجوز وقف المنقول إذا كانت له منفعة موجودة مقصودة كالحيوان، والأثاث للمسجد، والسلاح، والمصاحف، وكتب العلم، ويصح وقف المشاع من عين يصح وقفها[5].

وسأقتصر الحديث في هذا البحث على الشروط ذات الصلة المباشرة بموضوع البحث وهي:

تأبيد الوقف أو تأقيته، ووقف المنقول، ووقف المشاع، أمّا ما عدا ذلك من الشروط ممّا لا علاقة له مباشرة بموضوع البحث، فيمكن الرجوع إليه في كتب المذاهب الفقهية.

---

(١) الفتاوى الهندية (٢/٣٥٥)، والبحر الرائق (٥/٢٠٢).

(٢) البحر الرائق (٥/٢٠٢)، والفتاوى الهندية (٦/٣٥٥).

(٣) مواهب الجليل: للحطاب (٦/١٨ ـ ٢٠).

(٤) مغني المحتاج: للشربيني (٢/٣٧٧).

(٥) كشاف القناع: البهوتي (٢/٤٤٣)، والمغني: لابن قدامة (٥/٥٢٤، ٥٢٦، ٥٢٧).

المبحث الأول
في شروط الوقف ذات الصلة المباشرة
في المسائل المستجدة موضوع البحث

المطلب الأول
تأبيد الوقف

ذهب الحنفية[1] إلى أنه يشترط في الوقف أن يكون مؤبداً، ولا يجوز النص على تأقيته، قال الخصاف: «لو وقف داره يوماً أو شهراً لا يجوز؛ لأنه لم يجعله مؤبداً، وكذا لو قال على فلان سنة: كان باطلاً، وفصّل هلال بين أن يشترط رجوعها إليه بعد الوقت فيبطل الوقف أو لا فلا، وظاهر ما في الخانية اعتماده»[2].

وهذا فيما يكون قابلاً للتأبيد، بأن تكون العين الموقوفة صالحة للبقاء ليُمكنَ تنفيذ حكم التأبيد فيها، ولذا قرّروا أنّ الأصل في الوقف أن يكون عقاراً، وجواز وقف غير العقار يجيء على خلاف الأصل، فيجوز وقف المنقول في أحوال استثنائية، فإذا خشي على المنقول الفناء فقد أجازوا استبداله ليكون الاستبدال طريقاً لبقاء الانتفاع به، وبذلك جمعوا بين تأبيد الوقف وجواز وقف المنقول في صور استثنائية، حتى إنهم قالوا: لو جرى العرف بجواز وقف الدراهم والدنانير، وهي لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، استبدل بها عقاراً أو نحوه ممّا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه[3].

ويرجع تشديدهم في اشتراط التأبيد في الوقف إلى أنّ الأصل الذي قام عليه الوقف هو حديث سيدنا عمر ـ رضي الله عنه ـ، والموقوف فيه كان عقاراً، وقد قصروه على ذلك النص.

---

(١) فتح القدير: ابن الهمام (٤٨/٥)، والبحر الرائق (٢٠٤/٥).

(٢) البحر الرائق (٢٠٤/٥)، فتح القدير (٥١/٥).

(٣) محاضرات في الوقف: العلامة الشيخ محمد أبو زهرة (ص١١٧ ـ ١١٨) بتصرف.

واختلفوا في اشتراط ذكر التأبيد في الصيغة:

فذهب محمد بن الحسن إلى أنه يشترط ذكر التأبيد في الصيغة[١].

وذهب أبو يوسف[٢] إلى أنه لا يشترط ذكر التأبيد، ويكفي أن تخلو الصيغة من التأقيت؛ لأنّ لفظ الوقف دالّ على التأبيد.

وذهب الشافعية[٣] والحنابلة[٤] إلى أنه يشترط في الوقف أن يكون مؤبداً، ولا يشترط عندهم ذكر التأبيد في الصيغة.

ولمّا اشترط الشافعية والحنابلة التأبيد في الوقف مع قولهم بجواز وقف المنقول، وهو لا يتأبد غالباً، فقد ورد على قولهم إشكال مفاده: كيف يمكن بقاء الوقف مؤبداً مع أنّ المنقول قابل للإتلاف، وغير صالح للدوام؟

وللشافعية في الإجابة على السؤال وجهان:

الوجه الأول: أن ينتهي الوقف إذا تلف المنقول، وعليه فإنّ معنى التأبيد عندهم يكون في كل عين بما يناسبها؛ فما يكون غير قابل للفناء عادةً، يكون دوام الوقف فيه إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها، وما يكون قابلاً للفناء يكون بمقدار فنائه[٥].

وقد ذهب الحنابلة إلى جواز الاستبدال عند التلف[٦].

الوجه الثاني: يتفق مع ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة من جواز الاستبدال بعين أخرى، تحلّ محل العين التي ستتلف.

---

(١) البحر الرائق (٥/٢٠٤).
(٢) البحر الرائق (٥/٢٠٤).
(٣) حاشية البجيرمي على الخطيب: سليمان البجيرمي (٣/٢٥١)، وأسنى المطالب شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري (٢/٤٦٣).
(٤) المغني (٦/٥٧٠)، وكشاف القناع: البهوتي (٢/٤٤٦).
(٥) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للرملي (٤/٢٨٦)، والمغني: لابن قدامة (٥/٥١٨) عن المحاضرات في الوقف لمحمد أبو زهرة (ص١١٨).
(٦) المغني (٥/٥١٨).

وذهب المالكية[1] والشيعة الإمامية[2] إلى أنه لا يشترط في الوقف التأبيد، فيجوز الوقف لسنة أو أكثر لأجل معلوم، ثم يرجع ملكاً للواقف أو لغيره.

ولهذا أجازوا وقف العقار ووقف المنقول وإن كانت العين غير قابلة للبقاء الدائم، وإذا كان المنقول عندهم يجوز أن يكون منقولاً - غير دائم البقاء - فإنّ طريق بقائه هو الاستبدال، فيحلّ محلّ المنقول عين ثابتة صالحة للبقاء.

رأي الباحث:

من خلال تتبع الأدلة الدالة على مشروعية الوقف، واستشراف المقاصد الشرعية منها، نرى أنّ الشارع يهدف من الوقف إلى إقامة مصادر دائمة ومستمرة تدرُّ دخلاً، لتقديم خدمات اجتماعية أو ثقافية أو اقتصادية للأفراد والمجتمعات في الحاضر والمستقبل، ولا شك أنّ تأبيد الوقف يحقق هذا المقصد أكثر من تأقيته.

ولهذا كان اتفاق الفقهاء على وقف العقار؛ لأنه يحقق مقصد الشارع، واختلفوا في وقف المنقول؛ لأنه يؤول إلى التلف، ولا تتحقق منه المنافع على التأبيد، كما أنّ الفقهاء ذكروا قيوداً على التصرف في أصل الوقف؛ فمنعوا بيعه، وتحميله الديون، كما نصوا على أنّ عمارة أصل الوقف التي يترتب عليها بقاء عين الوقف مقدمة على غيرها من وظائف الوقف، قصد استمرارية الوقف.

هذا وقد فرّق الشارع الحكيم بين الوقف والصدقة، مع أنّ كلاً منهما يُقصد به وجه البرّ، سواء كان عاماً أو خاصاً؛ لأنّ المقصود في الوقف هو حبس العين والتصدق بالثمرة، ولا شك أنّ الذي يحقق هذا هو أن يكون المال الموقوف عقاراً، وأمّا الصدقة فلا يقصد منها حبس العين والتصدق بما تدرّه من إيرادات كالوقف، حيث يكون مال الصدقة

---

(١) حاشية الدسوقي: لمحمد بن عرفة (٨٧/٤).

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية: العاملي (١٧٥/٣).

محلاً للتصرف والإنفاق على جهات البرّ[1].

ومع أنّ الأصل في الوقف العقار كما قرّره الفقهاء، إلا أنهم أجازوا وقف المنقول إمّا تبعاً أو للنص أو جريان العرف كما ذهب إلى ذلك الحنفية، أو أجازوه استقلالاً توسعةً في إعمال البرّ والخير كما هو مذهب الشافعية والحنابلة مع قولهم بتأبيد الوقف، فأجازوا استبدال ما تعرّض للتلف منه طريقاً للوصول إلى المقصد الأصلي الذي لا يحققه إلا التأبيد.

وأمّا المالكية والشيعة الإمامية فقد أجازوا تأقيت الوقف لمدة زمنية محددة إلا فيما لا تقبل طبيعته التأقيت.

والمتفحّص فيما ذهب إليه الفقهاء يرى أنّ الفقهاء أجازوا التأقيت في الوقف وإن لم يسمّوه توقيتاً، وأدخلوه ضمن الوقف المؤبد، وقد فتحوا بذلك باباً واسعاً لفعل الخيرات والصدقات الجارية التي لا يستوعبها مبدأ التأبيد[2].

ونلحظ من خلال التتبع التاريخي لآراء الفقهاء في مسائل الوقف أنهم توسعوا في وقف المنقولات كلّما اقتضت حاجة المجتمع إلى التوسع فيها، حتى أصبحت المنقولات التي يجوز أن يجري فيها الوقف كثيرة، فخرجت لكثرتها عن كونها استثناءً من الأصل، وقد نصوا على جواز وقف ما جرى العرف به.

ولا شك أنّ هذا المنهج الذي يمكن وصفه بالمحافظ على الثوابت، والمرن في تحقيق مقاصد البرّ حسب الأعراف والمتغيرات الاجتماعية عبر العصور، هو الذي يحدد ويبيّن حكم ما استجدّ من قضايا في موضوعات الوقف الخيري مثل؛ وقف الأسهم، والسندات، والحقوق، والمنافع.

أمّا بالنسبة لاشتراط ذكر التأبيد في الصيغة؛ فأرى أنّ الأصل في

---

(١) الوقف الإسلامي: د. منذر قحف (ص١٠٦ ـ ١٠٧).
(٢) المرجع السابق (ص١٠٦).

الوقف التأبيد ما لم ينص الواقف على خلاف ذلك، وليس ذلك افتئاتاً على إرادة الواقف؛ لأنّ الأصل في التصرف أن يكون على وفق الشرع، وهو هنا التأبيد، ما لم ينص الواقف على تأقيت الوقف لمدة محددة، وسواء في ذلك الوقف على الخيرات، أو وقف شقة أو بناء لمسجد، وقد دعت الحاجة إلى ذلك في كثير من البلدان، فقد تكون الحاجة قائمة للصلاة في منزل إلى أن يتمّ إنشاء مسجد[١].

* * *

(١) يرى الدكتور منذر قحف في كتابه القيم (الوقف الإسلامي: تطوره، إدارته، تنميته) اعتبار إرادة الواقف مطلقاً حيث يقول: «لا يكفي كون الأصل الموقوف ذا طبيعة مؤبدة حتى يتأبد الوقف، بل لا بد من أن يقصد الواقف معنى التأبيد».
وأنا معه في اعتبار إرادة الواقف، ولكن ما الحكم إذا قال: وقفت هذا البيت مسجداً أو على جهة برّ دون أن يذكر مدة معينة؟ أرى في هذه الحال أن يكون مؤبداً؛ عملاً بأنّ الأصل في الوقف التأبيد، وليس استدلالاً بطبيعة الشيء الموقوف إن كانت مؤبدة أو مؤقتة كما ذكر الدكتور منذر قحف، انظر: (ص١٠٣).

المطلب الثاني
وقف المنقول

يقصد بالمنقول ما يقابل العقار، ممّا يمكن نقله من مكان لآخر، وتحويله من هيئة لهيئة، يستوي في ذلك أن يكون بناءً أو غراساً أو دواباً أو آلات ريّ أو حرث[1].

ولا خلاف بين الفقهاء في جواز وقف العقار بناءً على أنّ الوقف يقتضي التأبيد عند الجمهور، ويلزم أن تكون العين الموقوفة صالحة للبقاء، وهو ما يتصوّر في العقار، وقد ثبت ذلك عن الصحابة الكرام، قال الحميدي: «تصدق أبو بكر - رضي الله عنه - بداره على ولده. وعمر - رضي الله عنه - بربعه عند المروة على ولده، وعثمان - رضي الله عنه - برومة، وعلي - رضي الله عنه - بأرضه بينبع، وتصدق الزبير - رضي الله عنه - بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده، وتصدق سعد - رضي الله عنه - بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده، وعمرو بن العاص - رضي الله عنه - بالوهط وداره بمكة على ولده، وحكيم بن حزام - رضي الله عنه - بداره بمكة والمدينة على ولده فذلك كله إلى اليوم». قال جابر - رضي الله عنه -: «لم يكن أحد من أصحاب النبي - ﷺ - ذو مقدرة إلا وقفَ، واشتهر ذلك فلم ينكره أحد، فكان إجماعاً»[2].

أمّا وقف المنقول فقد اختلفت آراء الفقهاء في جواز وقفه على تفصيل نبيّنه فيما يلي:

ذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز وقف المنقول إلا تبعاً للعقار، فلا يجوز وقف البناء، والشجر، والمعدات والآلات الزراعية التابعة

(١) أحكام الوقف والوصايا في الشريعة الإسلامية: د.أحمد فراج حسين (ص٢٦٧).
(٢) المغني: ابن قدامة (٥/٤٩٠).

للأرض، إلا إذا تمّ وقف الأرض، فتلحق بها.

ففي الدرّ المختار: «بنى على أرض ثم وقف البناء قصداً بدونها، إنْ الأرض مملوكة، لا يصح»[1].

وقد أفتى بهذا جمهرة الحنفية، والعلة أنّ البناء بدون الأرض لا يبقى مدة طويلة.

وقد فرّق بعض الحنفية بين الأرض المحتكرة وغيرها، فإن كانت الأرض إجارة في أيدي القوم الذين بنوها لا يخرجهم السلطان منها، فالوقف جائز فيها، من قِبَلِ أنّا قد رأيناها في أيدي أصحاب البناء يتوارثونها، وتقسم بينهم، لا يتعرض لهم السلطان، ولا يزعجهم عنها، وإنما له عليهم غلةً يأخذها منهم، قد تداولتها أيدي الخلف عن السلف، ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم يتبايعونها ويؤجرونها، وتجوز فيها وصاياهم، ويهدمون بناءها، ويغيرونه، ويبنون غيره، فكذلك الوقف جائز[2].

وما جاز وقفه تبعاً للعقار إن كان متصلاً بالعقار اتصال قرار، يدخل في الوقف تبعاً للعقار من غير توقف على النص على وقفه، أمّا ما كان متصلاً بالأرض لا على وجه القرار، فإنه لا يكون موقوفاً تبعاً للعقار إلا بالنص عليه[3].

أمّا المنقول غير التابع للعقار، فالأصل عدم جواز وقفه إلا في حالتين:

الحالة الأولى: يجوز وقفه إذا ورد النص بجوازه، فيجوز وقف السلاح والكراع وذلك لما ورد عنه ـ ﷺ ـ من قوله: «إنكم تظلمون خالداً، فقد حبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله»[4].

---

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار: محمد ابن عابدين (٥١٨/٣).
(٢) أحكام الوقف: للخصاف (ص٣٥).
(٣) أحكام الوقف والوصايا: د. أحمد فراج حسين (ص٢٦٧).
(٤) صحيح البخاري (١٥٦/٢).

وفي الحديث: «مَن احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً واحتساباً فإنّ شِبَعه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة حسنات»(١).

قال ابن الهمام: «حكم الوقف الشرعي التأبيد، ولا يتأبد غير العقار، غير أنه تُرك في الجهاد (السلاح والكراع)؛ لأنه من سنام الدين، فكان معنى القربة فيهما أقوى، فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما (السلاح والكراع) شرعيته فيما دونهما، ولا يلحق دلالة أيضاً؛ لأنه ليس في معناهما»(٢). ويفهم من كلام ابن الهمام عدم جواز وقف المنقول إلا ما ورد فيه نص، ولا يقاس غيره عليه.

الحالة الثانية: يجوز وقف ما جرى به العرف؛ كوقف المصاحف، والكتب، وأمتعة المساجد وفرشها، وأجازوا وقف الثياب على الفقراء، ووقف السفينة، إن جرى فيها التعامل مطلقاً(٣).

وذكر في البحر تعليلاً لعدم جواز وقف البناء التابع للأرض إذا لم توقف الأرض، حيث قال: «إنّ العلة ليست لكونه منقولاً لا يدوم، وإنما لعدم التعارف عليه، وحينئذٍ لا يبقى لإطلاق التعارف وجه؛ لجريان العرف به»(٤).

ويظهر ممّا سبق خلاف الحنفية في جواز وقف المنقول، فمنهم مَن منعه، ومنهم مَن أجازه إذا جرى العرف بوقفه.

وقد رجّح ابن عابدين مسلك المجوّزين، حيث قال: «ولا يخفى عليك أنّ المفتي به الذي عليه المتون جواز وقف المنقول المتعارف، وحيث صار وقف البناء متعارفاً كان جوازه موافقاً للمنقول، ولم يخالف نصوص المذاهب على عدم جوازه، لأنها مبنيةٌ على أنه لم يكن متعارفاً»(٥).

---

(١) أخرجه أحمد واللفظ له (٣٧٥/٢)، وأخرجه البخاري (١٣٥/٢).
(٢) فتح القدير: ابن الهمام (٥١/٥).
(٣) حاشية رد المحتار: ابن عابدين (٥١٨/٣).
(٤) أحكام الأوقاف للخصاف (ص٣٥).
(٥) حاشية رد المحتار (٥٤١/٣).

أمّا جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى جواز وقف العقار والمنقول، أمّا العقار؛ فللأدلة التي سبق ذكرها، وأمّا المنقول؛ فيجوز وقفه عندهم سواء كان تابعاً للعقار أم لم يكن، ورد به النص أم لا، وذلك لأنّ العبرة بالمالية والانتفاع، فما ينتفع به يجوز وقفه، وما لا ينتفع به لا يعد مالاً، ولا يجوز وقفه، وعلى هذا فيجوز وقف الحيوان والأثاث لإمكان الانتفاع به، لأنّ دوام كلّ شيء رهنٌ ببقائه صالحاً للانتفاع به[1].

ومع أنّ الأصل في الوقف التأبيد عند الشافعية والحنابلة، إلا أنهم اعتبروا التأبيد في كل عين بما يناسبها، فما لا يكون قابلاً للبقاء فإنّ معنى التأبيد فيه مقدر بمقدار بقائه، وما لا ينتفع به على الدوام كالطعام، وما يُشمّ كالريحان، وما تحطم وتكسر من الحيوان، فلا يجوز وقفه؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به على الدوام.

كما أنهم أجازوا استبدال الوقف إذا بدا عدم صلاحه؛ وذلك طريقاً لاستيقاء الوقف وتأبيده ما أمكن، ويفهم هذا من نصوص الفقهاء في المذاهب المشار إليها.

ففي مغني المحتاج للشربيني: «الأصح جواز بيع حُصُر المسجد الموقوفة إذا بليت، وجذوعه إذا انكسرت أو أشرفت على ذلك . . . ولم تصلح إلا للإحراق، لئلا تضيع ويضيق المكان بها من غير فائدة، فتحصيل نزر يسير من ثمنها يعود إلى الوقف أولى من ضياعها، ولا تدخل بذلك تحت بيع الوقف؛ لأنها صارت في حكم المعدومة، وهذا ما جرى عليه الشيخان، وهو المعتمد، وعلى هذا يصرف ثمنها في مصالح المسجد»[2].

ويتفق الحنابلة مع الشافعية في اشتراط التأبيد، وقولهم بجواز وقف المنقول، ويرون أنّ التأبيد يكون نسبياً مع كل عين على حدة، وكل ما

---

(١) المهذب: للشيرازي (١/٤٤٠)، وحاشية الدسوقي (٤/٧٥)، والمغني (٥/٥٢٤).
(٢) مغني المحتاج: للشربيني (٢/٣٧٨).

يشترطونه أن لا يكون الانتفاع بالعين لازماً لفناء عينها؛ كالشمع والطعام[1].

قال ابن قدامة: «وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف مثل: الذهب، والوَرِق، والمأكول والمشروب، فوقفه غير جائز، وجملته أنّ ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدنانير والدراهم، والمطعوم والمشروب، والشمع وأشباهه، لا يصح وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم، إلا شيئاً يحكى عن مالك . . .؛ لأنّ الوقف تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة، وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف، لا يصح فيه ذلك»[2].

وقد جعلوا الاستبدال في الوقف طريقاً إلى بقائه على الدوام إن تعذّر بقاء العين في المنقول، قال ابن عقيل: «الوقف مؤبد، فإذا لم يمكن تأبيده على وجه يخصصه استبقاء الغرض، وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى، وإيصال الأبدال جرى مجرى الأعيان، وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض، ويقرب هذا من الهدي إذا عطب في السفر فإنه يذبح في الحال، وإن كان يختص بموضع، فلمّا تعذّر تحصيل الغرض بالكلية، استوفى منه ما أمكن، وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذّره؛ لأنّ مراعاته مع تعذّره تفضي إلى فوات الانتفاع بالكلية، وهكذا الوقف المعطّل المنافع»[3].

أمّا المالكية فإنهم لايشترطون التأبيد في الوقف، فيصح الوقف عندهم لمدة معينة كسنة، ولهذا لم يشترطوا في المال الموقوف أن يكون صالحاً للبقاء على الدوام، فيجوز وقف العقار والمنقول[4] والمنفعة،

---

(١) أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية: محمد عبيد الكبيسي (ص٣٨٣).
(٢) المغني: ابن قدامة (٥/٥٢٤).
(٣) المغني (٥/٥١٨).
(٤) ومفهوم العقار عند المالكية يشمل كلّ ما له أصل ثابت لا يمكن تحويله ونقله من مكان إلى آخر مع بقاء هيئته وشكله، وعلى هذا فالشجر والبناء عقار عندهم؛ لأنّ لهما أصلاً ثابتاً، ويمكن نقلهما من مكان إلى آخر مع عدم بقاء شكلهما وصورتهما، والعقار عند الجمهور هو ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر، وعليه فإنّ العقار عندهم لا يتحقق إلا في الأرض. انظر: أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية: محمد عبيد الكبيسي (ص٣٨٠).

وعليه فيصح وقف الدراهم والدنانير والطعام، ويعطى الموقوف عليهم من هذه الأشياء سلفاً، ويصح وقف الثياب والكتب على القول المعتمد.

جاء في حاشية الدسوقي: «وفي جواز وقفٍ؛ كطعام ممّا لا يعرف بعينه إذا غُيِّب عليه كالنقد، وهو المذهب: تردد. وقيل: إنّ التردد في غير العين في سائر المثليات، وأمّا العين فلا تردد فيها، بل يجوز وقفها قطعاً؛ لأنه نص المدونة، والمراد وقفه للسَّلف، وينزل ردّ بدله منزلة بقاء عينه، وأمّا إن وقف مع بقاء عينه، فلا يجوز اتفاقاً؛ إذ لا منفعة شرعية تترتب على ذلك»[1].

رأي الباحث:

لقد توسع الحنفية في جواز المنقول استثناءً، حيث أجازوه إن جرى به العرف، وما دام أنّ الأعراف متجددة، وتختلف زماناً ومكاناً، فقد جرى وقف السيارات في زماننا لنقل الموتى، وللعمل في المستشفيات، كما جرى وقف الدراهم والدنانير، والثياب، والكتب، والسفن، وغيرها ممّا يمكن القول معه إنّ دائرة الخلاف بين الحنفية والجمهور في وقف المنقول قد تضاءلت، خصوصاً إذا لاحظنا تطور الأعراف على حسب معطيات كلّ عصر، وكلّ مكان.

وأرى أنّ ما ذهب إليه الجمهور من جواز وقف المنقولات، وتأصيل الاستبدال فيها، وصولاً إلى معنى التأبيد، بغية تحقيق مقصد الشارع في الوقف، يستحق التقدير، وأن يكون أصلاً يمكن تخريج المسائل المستجدة في الوقف عليه، وإذا انضمّ إلى هذا رأي المالكية القائل بجواز التأقيت في الوقف؛ فإننا نحقق قدراً أكبر من فتح أبواب البرّ والخير، ورفد المجتمع بما يحتاج إليه من إيرادات ومنافع يستكمل بها ما يحتاج إليه في الجوانب الاجتماعية والثقافية والاقتصادية.

* * *

---

(١) حاشية الدسوقي (٤/٧٧).

المطلب الثالث
وقف المشاع

من شروط صحة الوقف أن يكون المال الموقوف مفرزاً غير شائع، والشيوع هو ما تعلقت الملكية فيه بجزء نسبي غير محدد من شيء مملوك لأكثر من واحد، كما لو اشترك اثنان في ملكية دار، لكلّ واحد منهما النصف، ولم يتفقا على إفراز نصيبهما، ولكلّ منهما حصة شائعة في الشيء المملوك، وينتهي الشيوع بالقسمة والإفراز أحياناً، أو ببيع أحد الشريكين نصيبه من الآخر، أو ما إلى ذلك من التصرفات الناقلة للملك(١).

وقد اتفق الفقهاء(٢) على أنه لا يصح وقف المسجد أو المقبرة إلا بعد الإفراز والقسمة؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به فيما وقف له إلا بتخليصه من ملك الغير له، وذلك بالقسمة، ولا تصلح المهايأة الزمانية أو المكانية فيهما؛ لأنها تؤدي إلى أن يصبح ما كان مسجداً أو مقبرةً في هذا العام مزرعةً في العام القادم.

قال ابن الهمام: «وإنما اتفقوا على منع الوقف المشاع مطلقاً مسجداً ومقبرةً؛ لأنَّ الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى، ولأنَّ أجواز وقف المشاع فيها لا يحتمل القسمة؛ لأنه يحتاج إلى التهايؤ، والتهايؤ فيه يؤدي إلى أمر مستقبح، وهو أن يكون المكان مسجداً سنة، واصطبلاً للدواب سنة، ومقبرةً عاماً ومزرعةً عاماً»(٣).

والمشاع نوعان:

النوع الأول: يقبل القسمة وهو الأعيان التي ينتفع بها بعد قسمتها

---

(١) أحكام الوقف في الفقه والقانون: د. محمد سراج (ص٦٩).

(٢) مغني المحتاج (٣٧٨/٢).

(٣) فتح القدير: ابن الهمام (٤٦/٥).

الانتفاع المقصود بها قبل القسمة؛ كالأراضي الزراعية، والبيت المؤلف من شقق وطوابق.

النوع الثاني: ما لا يقبل القسمة مع بقاء الانتفاع به على حالته المقصودة؛ كالبئر، والحمّام، والحصة في البيت الصغير، أو في آلات الحرث أو الريّ، أو السيارة[1].

واختلف الفقهاء في جواز وقف المشاع قبل الإفراز والقسمة في غير المسجد والمقبرة، وأوجز آراء الفقهاء في المسألة فيما يأتي:

اتفق الحنفية على جواز وقف المشاع الذي لا يقبل القسمة، كما اتفقوا على صحة الوقف المشاع فيما يقبل القسمة وما لا يقبل القسمة إذا حكم القاضي بصحة وقف المشاع؛ لأنه أمر مجتهد فيه، ورأي الحاكم فيه يرفع الخلاف، فإذا قضى القاضي بجوازه صح[2].

وكذلك لا يبطل الوقف بالشيوع الطارئ؛ كما لو وقف شخص أرضه المعلومة المفرزة، ثم ظهر استحقاق الغير في جزء منها كربعها، لا يبطل الوقف، ويستمر في الثلاثة أرباع[3]، فلا يبطل الوقف إلا في الجزء المستحق للغير؛ لأنه تبيّن أنه لم يكن على ملك الواقف حين وقفه.

أمّا المشاع الذي يقبل القسمة، فقد ذهب محمد بن الحسن إلى عدم صحة وقفه إلا بعد قسمته؛ وذلك لأنّ القبض عنده شرط لتمام الوقف، لأنّ المطلوب عنده فيما يمكن قسمته وقبضه القبض الكامل، ولا يتمّ إلا بالقسمة، وأسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الإمكان، وذلك فيما لا يحتمل القسمة؛ لأنه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمّام، فاكتفى بتحقق التسليم في الجملة[4].

---

(١) أحكام الوقف في الفقه الإسلامي: د. محمد سراج (ص٦٩). وانظر: المنهل الصافي في الوقف وأحكامه: محمد أسعد الإمام الحسيني (ص٢٨).
(٢) حاشية رد المحتار (٣/٥١٧).
(٣) حاشية رد المحتار (٣/٥٠٤).
(٤) فتح القدير (٥/٤٦)، وحاشية رد المحتار (٣/٥٠٤).

وذهب أبو يوسف إلى صحة الوقف المشاع الذي يقبل القسمة كالذي لا يقبلها؛ وذلك لعدم اشتراطه القبض لتمام الوقف، قياساً على حالة العتق؛ فإنّ الشيوع لا يمنع من العتق، فكذلك لا يمنع من الوقف[1].

قال السرخسي: «ولو وقف نصف أرض، أو نصف دار مشاعاً على الفقراء، فذلك جائز في قول أبي يوسف ـ رحمه الله ـ؛ لأنّ القسمة من تتمة القبض، فإنّ القبض للحيازة، وتمام الحيازة فيما يقسم بالقسمة، ثم أصل القبض عنده ليس بشرط في الصدقة الموقوفة، فكذلك ما هو في تتمة الوقف؛ وهذا لأنّ الوقف على مذهبه قياس العتق، والشيوع لا يمنع العتق، فكذلك لا يمنع الوقف»[2].

وذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة[3] إلى صحة وقف المشاع، وذلك لأنهم لا يشترطون القبض لتمام الوقف عند بعضهم، واستدلوا لرأيهم بما رواه النسائي وابن ماجه والشافعي عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ قال عمر للنبي ـ ﷺ ـ: «إنّ المائة سهم التي لي بخيبر لم أصب مالاً قط أعجب إليّ منها، وقد أردت أن أتصدّق بها، فقال النبي ـ ﷺ ـ: احبس أصلها وسبّل ثمرتها»[4]. وهذه صفة المشاع، وقد أمره النبي ـ ﷺ ـ بوقفها[5].

واستدل البخاري على صحة الوقف المشاع بحديث أنس في قصة بناء المسجد، وأنّ النبي ـ ﷺ ـ قال: «ثامنوني حائطكم»، قالوا: لا نطلب ثمنه إلا إلى الله ـ عزَّ وجَلّ ـ، وهذا ظاهر في جواز وقف

---

(١) البحر الرائق: ابن نجيم (٥/٢١١).

(٢) المبسوط: للسرخسي (١٢/٣٧).

(٣) مغني المحتاج (٢/٢٧٧)، وتكملة المجموع: للمطيعي (١٥/٣٢٣)، والمفصّل في أحكام المرأة: د.عبد الكريم زيدان (١٠/٤٢٤).

(٤) نيل الأوطار: الشوكاني (٦/٢١).

(٥) تكملة المجموع (١٥/٣٢٣).

المشاع، ولو كان غير جائز لأنكر عليهم النبي - ﷺ - قولهم هذا، وبيّن لهم الحكم[1].

ولا يرد على هذا الدليل ما ذكره الواقدي من أنّ أبا بكر دفع ثمن الأرض لمالكها منهم، وقدره عشرة دنانير؛ لأنّ هذا الإيراد إن ثبت فإنه مردود بأنّ الاستدلال بالحديث إنما هو من جهة تقرير النبي - ﷺ - على ذلك، وعدم إنكاره قولهم، فلو كان وقف المشاع لا يجوز لأنكره عليهم، وبيّن لهم الحكم، فلمّا لم يفعل، دلّ ذلك على صحة وقف المشاع في الجملة[2].

وأمّا المالكية فقد أجازوا وقف المشاع عموماً، وقد شدد مالك في اشتراط القبض ولم يكتف بالتمكين، بل اشترط الحيازة سنة، فمنع وقف المشاع قبل قسمته؛ لأنّ الحيازة لا تتمّ مع الشيوع.

وقد ذكر الدردير الأقوال في المذهب، قال: «أو كان مشتركاً شائعاً فيما يقبل القسمة (يعني: يصحّ وقفه)، ويجبر عليها الواقف إن أرادها الشريك، وأمّا ما لا يقبلها ففيه قولان مرجحان: وعلى الصحة يجبر الواقف على البيع إن أراد شريكه، ويجعل ثمنه في مثل وقفه»[3].

القانون المصري يأخذ بوقف المشاع:

كان العمل قبل صدور القانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦م على جواز وقف العقار مطلقاً، والمنقول إذا كان تابعاً للعقار، أو ورد به نص، أو جرى به العرف وفق مذهب الحنفية، وما عدا ذلك من المنقول لا يصح وقفه؛ لأنّ الوقف يراد به الدوام والتأبيد، والمنقول لا يؤدي هذا الغرض، فلمّا صدر قانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦م عدل عن المذهب الحنفي، فأجاز وقف المنقول أخذاً بالمذهب المالكي ورأي الجمهور، وأجاز

---

(١) فتح الباري: ابن حجر (٢٦٣/٥). وانظر: أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية (ص٣٩٠).

(٢) فتح الباري: ابن حجر (٢٦٣/٥).

(٣) الشرح الكبير: الدردير (٧٦/٤).

وقف المشاع القابل للقسمة؛ وذلك لإمكان رفع النزاع بالقسمة.

أمّا المشاع غير القابل للقسمة، فقد كان القانون يأخذ بمذهب الحنفية الذي يقول بجواز وقفه على غير المسجد والمقبرة؛ وذلك لأنّ الإفراز يؤدي إلى إتلاف المال وعدم الانتفاع به، وهذا لا خلاف فيه بين أبي يوسف ومحمد بن الحسن.

غير أنّ القانون عدل عن هذا الرأي، وأخذ برأي عند المالكية يقول بعدم جواز وقف المشاع الذي لا يقبل القسمة؛ لأنه وكما جاء في المذكرة التفسيرية للمادة الثامنة (أن الحوادث قد دللت على أنّ الشيوع بين وقفين، أو وقف وملك فيما لا يقبل القسمة كثيراً ما يعطل مصالح الوقف، وقد نتج عنه مضار عديدة، ومنازعات كثيرة، قد تؤدي إلى خراب الوقف، وقد تباع العين المشتركة عند طلب القسمة وتكون الظروف غير ملائمة فيبقى مال البدل معطلاً، فمن المصلحة أن يمنع من وقف العمل بهذا القانون وقف الحصة الشائعة في العقار الذي لا يقبل القسمة، إلا في أحوال ثلاثة لا توجد فيها الأسباب التي دعت إلى المنع وهي:

الحالة الأولى: أن يقف كل من الشريكين حصته في هذا العقار على جهة واحدة، أو أن تكون حصته من هذا العقد موقوفة من قبل على جهة معينة، فيقف المالك لبائعها هذا الباقي على نفس الجهة التي وقفت عليها الأخرى.

الحالة الثانية: أن تكون العين غير قابلة للقسمة، ولكن منفعتها مرتبة للوقف وغيره، فيقف أحد الشركاء حصته الشائعة منها على الجهة التي وقف عليه الوقف الذي ينتفع به، وذلك كالسواقي وآلات الريّ، وغير ذلك من المرافق التي ينتفع بها الوقف.

الحالة الثالثة: وقف حصص وأسهم شركات الأموال صناعية كانت أو زراعية أو تجارية؛ لأنها تمثل قسماً من هذه الأموال التي قد تكون عقاراً أو منقولاً أو خليطاً من العقار والمنقول، وإنما اعتبرت ممّا لا يقبل القسمة؛ لأنّ نظام الشركات لا يسمح بالقسمة، غاية الأمر أنّ وقف

هذه الحصص والأسهم لا يجوز، إلا إذا كانت الشركات تستغلّ أموالها استغلالاً جائزاً شرعاً، كالشركات الصناعية والزراعية والتجارية، أمّا إذا كانت الشركة تستغلّ أموالها استغلالاً غير جائز، كالشركات التي يكون من أغراضها استثمار الأموال من طريق الربا، فإنه لا يجوز وقف حصصها وأسهمها[1].

رأي الباحث:

يرى الباحث مع جمهور الفقهاء رجحان القول بجواز وقف المشاع مطلقاً، ما يقبل القسمة وما لا يقبل القسمة في العقار والمنقول؛ وذلك تشجيعاً على أعمال البرّ، وتحقيقاً لمقصد الواقف في البذل بقصد التقرب إلى الله تعالى، ولأنّ الأدلة النصية التي ذكرها الجمهور لا يقوى القياس على معارضتها، وما أثير في القانون المصري لسنة ١٩٤٦م من أنّ بعض صور الشيوع فيما لا يقبل القسمة يعطل مصالح الوقف، وينتج عنه مضارّ عديدة، ومنازعات كثيرة، قد تؤدي إلى خراب الوقف، يمكن التغلب على هذه الصعوبات بتشريعات إدارية، وأيًّا كان الأمر ففي عدم جواز الوقف سدٌّ لباب من أبواب الخير، والمتأمل في نصوص الشريعة يدرك أنّ الشارع يحثّ على التبرعات ومنها الوقف، ويرتب على ذلك الأجر والثواب الجزيل.

❊ ❊ ❊

(١) أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية: د. أحمد فراج حسين (ص٢٦٦، ٢٦٧). وأحكام الوقف في الفقه الإسلامي: د.محمد سراج (ص٧٠ ـ ٧١). ومحاضرات في الوقف: للعلامة الشيخ محمد أبو زهرة (ص١٢٤).

خلاصةٌ في الموجهات المستفادة
من مقاصد الشارع في الوقف وشروطه

نستنتج من العرض السابق لآراء الفقهاء في شروط الوقف الموجهات المستفادة التالية:

١. أنّ مسائل الوقف اجتهادية تتصف بالمرونة، وتتأثر بالظروف والأعراف الاجتماعية، فقد توسع فقهاء الحنفية في وقف المنقولات عملاً بالعرف.

٢. أنّ المقصد الرئيسي هو تحقيق قدر من التكافل الاجتماعي في المناحي المتعددة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والبيئية وغيرها، ولمّا كان التكافل مبدأً كلياً في الشريعة، فقد حثّت الشريعة الإسلامية على تحقيقه بوسائل متنوعة منها الإلزامي ومنها الاختياري، ومنها ما يحقق أغراضاً فردية أو أسرية، ومنها ما يحقق أغراضاً اجتماعية، ولا شك أنّ الوقف يسهم بشكل فاعل في تحقيق قدر من التكافل والبناء الاجتماعي قد لا تفي الوسائل الإلزامية بتحقيقه، وقد رتب الشارع الحكيم على هذا العمل أعظم الجزاء، وجعله طريقاً لتحقيق معان سامية تترقى بمفهوم الإنسانية إلى مرتبة التكريم الذي أرادها الله تعالى في قوله: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾[1].

ولهذه المعاني أجاز جمهور الفقهاء وقف الأموال سواء كانت عقاراً أو منقولاً، وتوسع الحنفية في المنقولات حتى يمكن القول بجواز وقف المنقول عندهم، وأجاز الجمهور وقف المشاع ما يقسم وما لا يقسم، كما أجاز كثير من الفقهاء وقف المنافع، وتقاس عليها الحقوق المالية.

---

(١) سورة الإسراء: آية ٧٠.

٣. نلحظ من خلال تتبع الأحكام الخاصة بالتبرعات اختلافاً عن الأحكام الخاصة بالمعاوضات والمشاركات، وعلى سبيل المثال: يغتفر الغرر في التبرعات وإن لم يكن يسيراً، ولا يغتفر في المعاوضات والمشاركات إلا ما لا يمكن الاحتراز عنه وهو اليسير، وما ذلك إلا تشجيعاً وتوسعةً من الشارع للمشاركة في أعمال البرّ على قدر الوسع والطاقة.

لهذا أن نقول في المسائل المستجدة وهي موضوع البحث في ضوء هذه الموجهات والمقاصد الكلية التي تغياها الشارع الحكيم، وأرى أنّ فيما أسلفت من بيان لآراء الفقهاء في شروط الوقف ما يحقق هذا المعنى، فمع قول الجمهور بتأبيد الوقف إلا أنهم أجازوا وقف المنقول، وتوسعوا فيه على مدى العصور، وأجازوا استبدال الوقف وصولاً لتحقيق معنى التأبيد وفق ضوابط محددة، حتى تبقى الغاية من الوقف، والتي قصد منها التكافل الاجتماعي لا بين أبناء العصر، وإنما بين أبناء العصور المتعاقبة.

٤. إنّ المقصود من الوقف تحقيق حاجات الأفراد والمجتمعات وفق أدوات وآليات الاستثمار المتوافرة في تلك العصور، فإذا تمّ تطوير هذه الأدوات وتنوعت آليات الاستثمار، وأصبحت عصب الاقتصاد في الدول، وهي أكثر أموال الناس إذا قورنت بالأراضي والعقارات، فلا ينبغي أن يمنع المالكون لهذه الأدوات من الإسهام في أعمال الخير، فالأسهم والصكوك في المؤسسات الانتاجية (الزراعية والصناعية والتجارية والتعليمية) هي الغالبة في زماننا، وأصبحت الأسواق المالية تشكل عصب الاقتصاد للدول، وتدرّ دخلاً كبيراً على أصحابها، وإذا كان من أمرٍ يُخشى منه عند وقفها من الضياع أو التلف، فإنّ القوانين والأنظمة كفيلة بتسديد الأمر وتصويبه، هذا مع العلم بأنّ ما هي عليه الآن من الضمانات قد يكون كافياً لِطَمْأَنَةِ مَنْ يَخشى عليها الضياع والتلف إذا تمّت إدارتها واستثمارها وفق الضوابط التي رسمتها الشريعة الإسلامية.

٥. إنّ الوقف يقوم على أساس التبرع، وليس فريضة واجبة على المكلفين كالزكاة وصدقة الفطر، وإنّ سدَّ الباب أمام الواقفين المتبرعين الذين لا يملكون العقار أو المنقول الذي يجوز وقفه، يعني حرمان هذه الفئة من الأجر والمثوبة، ومنعهم من الإسهام في تحقيق مبدأ التكافل مع مجتمعهم.

وبعد هذا الإيجاز يتناول الباحث الرأي في وقف الأسهم والسندات، والحقوق والمنافع.

* * *

المبحث الثاني
وقف الأسهم والصكوك والحقوق والمنافع

المطلب الأول
وقف الأسهم

ممّا استحدث في المعاملات التجارية الأسهم، فما معنى السهم في اللغة والاصطلاح؟

السهم في اللغة: النصيب[1]. وفي الاصطلاح: حصة معينة من مجموع حصص متساوية في حجم الشركة، مشاعة في عمومها[2].

لقد أصبحت قيمة الأسهم وأرباحها تشكل عصب الاقتصاد؛ لما تحتله من قوة اقتصادية بعد استحداث الشركات المساهمة وإقرارها من المجامع الفقهية، وأصبح السهم بمنزلة رأس المال الثابت يدرّ أرباحاً؛ كالعقار يدرّ دخلاً، وهو بذلك يفتح المجال واسعاً للتشجيع على أعمال الخير ومنها الوقف؛ حيث يمكن أن يشكل مورداً ثابتاً لبعض المؤسسات الخيرية، كما أنه يشجع المحسنين على وقف أسهمٍ من ممتلكاتهم في المؤسسات المالية[3].

السهم قد يكون حصةً في شركة مالية: زراعية أو صناعية أو تجارية، وهذه الأسهم تعدّ من قبيل المشاع الذي لا يقبل القسمة؛ لأنّ قوانين الشركات المساهمة لا تجيز إفراز أيّ سهم منها، على الرغم من أنّ هذه الشركات قد تكون عقاراً أو منقولاً أو خليطاً منهما.

وقد سبق القول بترجيح جواز وقف المنقول، وترجيح جواز وقف المشاع مطلقاً، وبناءً عليه فإنّ الباحث يرى جواز وقف الأسهم، وقد نصّ القانون المصري لسنة ١٩٤٦م على جواز وقف الأسهم مع أنها من المشاع الذي استثناه القانون من جواز الوقف، وهو المشاع الذي لا يمكن فرزه كما سبق بيانه؛ وذلك لأنّ الشيوع في الأسهم لا يُخشى منه

---

(١) لسان العرب: ابن منظور (٣٠٨/١٢).

(٢) حكم تداول أسهم الشركات المساهمة: د.حمزة حسين الفعر (ص٢٩٣)، العدد ١٥سنة ٢٠٠١م الأزهر مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي.

(٣) المفصل في أحكام الربا: علي الشحود الباب (١٨٧/٤).

ضرر، ولا يؤدي إلى نزاع من جهة أنّ قوانين الشركات تضمن تنظيم العمل بها، ومحاسبة القائمين على النشاط فيها، وهو ما يؤدي إلى إمكان الانتفاع بالموقوف على الوجه المناسب.

وقد جاء في المادة الثامنة من القانون اشتراط صحة وقف أسهم الشركات بقيد واحد، وهو أن تكون الشركات الموقوف بعض أسهمها تستغلّ أموالها استغلالاً مشروعاً جائزاً في الشرع، أمّا إذا كانت الشركة تستغلّ أموالها استغلالاً غير مشروع، وذلك كالشركات التي يكون من أغراضها استثمار الأموال من طريق الربا، فإنه لا يجوز وقف حصصها وأسهمها[١].

وقد أفتى بجواز وقف الأسهم عدد من العلماء؛ منهم الشيخ عبد الله بن جبرين عندما سئل: هل يجوز وقف الأسهم التجارية في الشركات، مع العلم أنها معرضة للخطر من الربح والخسارة؟ فأجاب: «نرى أنه لا بأس بذلك؛ لأنّ فيها غالباً غلة، فإذا قال: أسهمي في شركة كذا وقف، فهو يريد بذلك غلتها، لأنها في كلّ سنة يخرج لها غلة، فيقول: وقف على المساجد، أو وقف على الغزاة ونحوهم، أو وقف على الفقراء والمساكين، أو وقف على طبع الكتب والمصاحف، فكلما أخذت أرباحها في سنة صرفت حالاً في ذلك الشيء، فإن قُدِّرَ أنها خسرت أو كسدت أو لم تربح في سنة، فلا شيء عليه»[٢].

وأضيف إلى ما ذكره الشيخ عبد الله بن جبرين، أنّ الكثير من الشركات لها احتياطات نقدية تعمل على تأمينها من الخسارة، والبنوك الإسلامية على سبيل المثال أسّسَ فيها صناديق مخاطر الاستثمار، التي تعمل على جبر الخسارة إن وقعت أثناء المضاربة بالمال من غير تعدٍّ أو تقصير، وقياساً على وقف المنقول يجوز وقف الأسهم، فالمنقول يتعرض للتلف أيضاً ومع ذلك يجوز وقفه.

---

(١) أحكام الوقف في الفقه والقانون: د. محمد سراج (ص٧٢ ـ ٧٣)، ومحاضرات في الوقف: العلامة محمد أبو زهرة (ص١٢٤). وأحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية: د. أحمد فراج حسين (ص٢٦٦).

(٢) الفتوى متاحة على الموقع الإلكتروني الآتي:
.http://audio.islamweb.net/audio/index.php?page=FullContent&audioid=145750

وقد صدر عن دار الإفتاء المصرية ما يفيد جواز وقف الأسهم، وذلك تحت رقم مسلسل ٥٦٦٦ تاريخ ٢٠٠٦/٥/١٣م، إجابةً على السؤال: ما قولكم في رجل يملك أسهماً في عدَّة شركات وبنوك، ورغب في حبس أصول هذه الأسهم وتسبيل منفعتها للجهات التي ستصرف إليها من وارث، وجهات خيرية من أرحام وفقراء وعمارة مساجد ونحو ذلك من أعمال البرّ، وفقاً للشريعة الإسلامية، وحفاظاً على الأصول، وانتفاعاً مستمراً بعوائد الأسهم لمستحقيها.

أجابت أمانة الفتوى: اطلعنا على الطلب الوارد إلينا بالبريد، المقيد برقم ١٣٥١ لسنة ٢٠٠٦م.

وممّا جاء في الإجابة بعد التأصيل للمسألة بذكر نقول نصية عن المذاهب الفقهية قولهم:

«ومن المعلوم أنّ غرض الشرع الشريف في الوقف هو عدم التصرف في محلّ الوقف، أي: العين الموقوفة، وديمومة الانتفاع به لأطول مدة ممكنة، ولذلك رفض الجمهور مسألة وقف الدنانير والدراهم وأمثالها ممّا تذهب عينها مع الانتفاع بها، ولمّا وجد المالكية نفعاً في الدراهم والدنانير لا يذهب عينهما إلا في الصورة فقط، أجازوا الوقف فيهما في السَّلف؛ لأنهما بالسَّلف يبقيان حكماً وإن ذهبت أعيانهما، نقل الصعيدي العدوي في حاشيته على الخرشي عن اللقاني: الوقف ما ينتفع به مع بقاء عينه حقيقة أو حكماً؛ كالدراهم والدنانير ا.هـ، قال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير: وينزل ردّ بدله منزلة بقاء عينه ا.هـ.

وإذا نظر الفقيه الآن في مسألة حبس الأسهم وتسبيل عوائدها، يرى باستخدام قاعدة غلبة الأشياء أنّ حبس الأسهم قريب من حبس الدراهم والدنانير التي أباحها المالكية للسَّلف والقرب، وعدم المشابهة - والمكروه جائز بالمعنى الأعم - فسبب كراهتهم هو احتمال ضياع هذه الدراهم والدنانير، ولكن في حالة الأسهم تبقى مدة قد تصل إلى خمسين عاماً أو يزيد باستقراء الأحوال المصرفية المستقرة المقننة المعمول بها والمتداولة حالياً، فتحقق للأسهم الديمومة والبقاء - النسبيين المطلوبين - للشرع الشريف من عقد الوقف، وهو ما يشجعنا على القول

بجواز حبس ووقف الأسهم وتسبيل عوائدها الذي هو محلّ سؤال السائل واستفتائه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وبجواز وقف الأسهم قال الدكتور منذر قحف[1].

ولا بد من الإشارة إلى أنّ الأسهم التي يجوز وقفها هي الأسهم التي تقوّم بالمال في نظر الشرع، فالأسهم في شركات إنتاج الخمور مثلاً لا يجوز وقفها، وأمّا أسهم الشركات الربوية فإنها تقوّم بالمال في نظر الشرع، والأصل حرمة بيعها والتعامل معها (البنوك الربوية) أخذاً وإعطاءً، ولكن إنْ أراد صاحب هذه الأسهم التخلص منها، والتحلل من الإثم بالتبرع بها وقفاً، فإنني أرى جواز وقفها؛ لأنّ الفوائد الربوية طريق الخلاص منها عند عدم إمكانية ردّها لأصحابها هو صرفها على الفقراء والمساكين والمنافع العامة، وهذه من وظيفة الوقف الخيري، وعلى الجهات المسؤولة عن إدارة الوقف العمل على استبدال هذه الأموال واستثمارها بالطرق المشروعة، وغنيٌ عن البيان أنّ هذا الحكم خاص بالأوقاف التي تُصرَف على المنافع العامة، أمّا الوقف الذري فلا يجوز وقفها عليه.

وإذا انتهت الشركة أو تمّت تصفيتها فإنّ الأسهم الموقوفة أو ما بقي منها يُصرف في وقفيات مماثلة في مقصد الواقف، فإن تعذّر فيُصرف على الفقراء والمساكين.

والمقصود من الأسهم الوقفية ليس تداولها في الأسواق المالية، وإنما المراد بها الاستفادة من ريعها مع بقاء أصل السهم ملكاً للجهة التي تمّ وقفه عليها، وليس للواقف الحق في بيع هذه الأسهم، أو سحبها، أو التدخل في طريقة استثمارها.

وقد انطلقت فكرة الأسهم الوقفية في عدد من الدول العربية مثل سلطنة عُمان والكويت والإمارات العربية المتحدة، وقد أشرت إلى سبق القانون المصري لسنة ١٩٤٦م في النص على مشروعية هذه الأسهم، وتأصيلها ووضع ضوابط لها.

* * *

---

(١) الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته: منذر قحف (ص١٦٢).

المطلب الثاني
وقف الصكوك

الصك في اللغة: الضرب، ومنه قوله تعالى: ﴿فَصَكَّتْ وَجْهَهَا﴾[1] أي: ضربته، والصك: الكتاب، والجمع أصك، وصكاك، وصكوك[2].

الصكوك في الاصطلاح: (وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات، أو في موجودات مشروع معين، أو نشاط استثماري خاص، وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك، وقفل باب الاكتتاب، وبدء استخدامها فيما أصدرت من أجله)[3].

وتختلف الصكوك الإسلامية عن الصكوك التقليدية التي عرفت في البلاد الغربية بأنّ لها أصولاً يتمّ تصكيكها وليست ديوناً، كما أنّ لها مواصفات وضوابط تلتزم بها وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

وتتنوع الصكوك الإسلامية؛ فقد تكون صكوك مقارضة، أو صكوك في أعيان مؤجرة، أو صكوك في مؤسسات خدمية، أو صكوك في عقود بيع سلَم أو استصناع.

وقد ظهرت فكرة الصكوك الوقفية في المملكة الأردنية الهاشمية، وذلك بقصد إعمار وتنمية الممتلكات الوقفية بأسلوب سندات المقارضة، فشكلت لجنة لهذا الغرض، وصدر قانون خاص مؤقت رقم (١٠) لسنة ١٩٨١م، ثم عرض الأمر على مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره الرابع بجدة سنة ١٩٨٨م، فأقرّ المبدأ، وأجرى التعديل المناسب وفق الضوابط الشرعية، وعرّف سندات المقارضة بأنها: «أداة استثمارية تقوم على

---

(١) سورة الذاريات: آية ٢٩.

(٢) مختار الصحاح: الرازي (ص٣٦٧).

(٣) المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية (ص٣١١).

تجزئة رأس مال القراض (المضاربة)، بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة، ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة، وما يتحوّل إليه بنسبة ملكية كلّ منهم فيه»[1].

وقد اشترط المجمع أن تتوافر العناصر التالية لتحقق المشروعية:

١. أن يمثّل الصك حصة شائعة في المشروع.

٢. أن تستمر الملكية من بداية المشروع إلى نهايته.

٣. أن يكون لمالك الصك جميع حقوق المالك في ملكه.

٤. أن يكون التداول بعد فترة الاكتتاب، وبعد أن تكون غالب الموجودات من الأعيان والمنافع، وليس ديوناً أو نقوداً.

٥. أن يقسّم الربح الناتج بين أصحاب رأس المال (حملة الصكوك) وبين المؤسسة التي تعمل كمضارب في المال بالنسبة المتفق عليها، وأن يكون نصيب حملة الصكوك من الربح حسب حصصهم.

٦. يمكن إطفاء صكوك المقارضة بأن تقوم المؤسسة بشراء هذه الصكوك بقيمتها الحقيقية وليس الاسمية، ويحسن أن يتمّ تحديد السعر من قِبَل أهل الخبرة، ولحامل الصك أن يبيعه لمن يريد، وليس ملزماً ببيعه إلى المؤسسة.

٧. لا يجوز أن تشمل نشرة الإصدار، ولا صكوك المقارضة الصادرة بناءً عليها على نص يلزم مالك الصك بالبيع، ويجوز أن يتضمن الصك وعداً بالبيع[2].

وبهذا يكون المجمع قد أجاز صكوك المقارضة بتنمية الأموال

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي: الدورة الرابعة، ٣/٢١٦٢، جدة ١٩٨٨م.

(٢) الاتجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي: د. أحمد السعد العمري والأستاذ محمد العمري (ص٨٢).

الوقفية، والسؤال الذي يثور هنا هو: هل يجوز وقف صكوك المقارضة بقصد التداول بها في الأسواق المالية للاستفادة من الربح الناتج عن بيع هذه الصكوك أو ريعها؟

ذهب عدد من الباحثين إلى جواز ذلك بأن يتمّ بيع الصكوك إلى واقف آخر أو في السوق المالية؛ استناداً إلى القول بجواز استبدال الوقف[1]، وذلك في الوقف الخيري، ومن المعلوم أنّ جميع الفقهاء أجازوا الاستبدال في الوقف بشروط معينة؛ أهمها تعرضه للتلف، أو انقطاع ريعه، أو تحوّل الناس عن مكان الوقف إلى مكان آخر، ومنهم من جعله في المنقولات فقط، ومنهم من وسّع الدائرة فجعله في المنقول والعقار، وما دمنا قد رجحنا جواز وقف المنقول وعدم التأبيد في الوقف، وجواز وقف المشاع، فإنه يمكن القول بجواز وقف سندات المقارضة ضمن ضوابط محددة؛ أهمها ضبط الأسواق المالية بمعايير الشريعة الإسلامية[2].

ومن الصكوك التي يمكن أن تكون رافداً للوقف الخيري صكوك الأعيان المؤجرة، وقد صدر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عشرة، المنعقدة في سلطنة عُمان، جواز صكوك الإجارة بشروطها، وقرر ما يلي:[3].

يجوز إصدار صكوك تمثل ملكية الأعيان المؤجرة وتداولها، إذا توافرت فيها شروط الأعيان التي يصح أن تكون محلاً لعقد الإجارة: كعقار، وطائرة، وباخرة ونحو ذلك، ما دام الصك يمثل ملكية أعيان حقيقية مؤجرة من شأنها أن تدرّ عائداً معلوماً.

---

(١) يقصد بالاستبدال: بيع عين من أعيان الوقف، وشراء عين أخرى لتحلّ محلها.

(٢) الصكوك الوقفية دورها في التنمية: د. كمال حطاب (ص١٥). وقد نقل د. حطاب القول بالجواز عن د. عبد الحليم عمر: سندات الوقف مقترح لإحياء دور الوقف في المجتمع الإسلامي (ص٧٦)، مؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية ١٤٢٢هـ. وانظر: الوقف الإسلامي: منذر قحف (ص٢٧٥).

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي: الدورة الخامسة عشرة، ٢٠٠٤م.

يجوز لمالك الصك أو الصكوك بيعها في السوق الثانوية لأي مشتر.

يستحق مالك الصك حصته من العائد ـ وهو الأجرة ـ في الآجال المحددة في شروط الإصدار، منقوصاً منها ما يترتب على المؤجر من نفقة ومؤنة على وفق أحكام عقد الإجارة.

وإذا كانت صكوك الإجارة جائزة شرعاً، فإنه يجوز وقفها والاستفادة من ريعها عملاً بالرأي الراجح الذي يقول بجواز وقف المنافع، ووقف المنقول والمشاع، وعدم تأبيد الوقف على ما سبق بيانه.

* * *

المطلب الثالث
وقف الحقوق والمنافع

أولاً: وقف الحقوق:

تعريف الحق وأقسامه:

يعرف الحق بمعناه العام بأنه: «اختصاص يقرر به الشرع سلطةً أو تكليفاً»[1].

وذلك كحق الولي في التصرف على مَنْ تحت ولايته، وكحق البائع في طلب الثمن من المشتري، وكحق الإنسان في منفعة العقار الموصى له بمنفعته، وكحق الوارث في ملكية أعيان التركة الموروثة[2].

والحق قسمان:

الأول: حق مالي؛ وهو ما يتعلق بالمال، كملكية الأعيان أو الديون أو المنافع.

والثاني: حق غير مالي؛ وذلك كحق الولي في التصرف على الصغير، والحقوق السياسية، وحق الحرية.

الحق المالي ثلاثة أنواع:

النوع الأول: حق شخصي؛ وهو مطلب يقرّه الشرع لشخص على آخر، وهو علاقة شرعية بين شخصين، يكون أحدهما فيها مكلفاً تجاه الآخر بالقيام بعمل فيه مصلحة ذات قيمة للآخر، أو أن يمتنع عن عمل منافٍ لمصلحته.

---

(١) المدخل الفقهي العام: العلامة مصطفى الزرقا (٣/١٠).
(٢) المرجع السابق: (٣/١٠ ـ ٢٠) بتصرف.

النوع الثاني: الحق العيني؛ فإن كانت العلاقة بين شخص وشيء مادي معين بذاته، بحيث يكون الشخص ذا مصلحة اختصاصية تخوّله سلطة مباشرة على عين مالية معينة، فإنّ هذه العلاقة تسمى بالحق العيني؛ وذلك كحق الملكية، وحق المسيل، وحق الرهن.

والحق العيني إمّا أصلي أو تبعي؛ فالأصلي يتحقق بمجرد وجود صاحب الحق، ومحلّه الجوار؛ كحق الملكيـة، وحقوق الارتفاق (حق الشرب، حق المرور، حق المسيل، حق التعلّي . . .).

والتبعي يثبت ويقرّر لشخص دائن على مال معين لشخص آخر بديون له؛ ليتمكن الدائن من استيفاء دينه منه عند عدم وفاء المدين؛ كحق المرتهن في احتباس المال المرهون، فهو حق توثيقي.

النوع الثالث: حقوق الابتكار أو الحقوق الأدبية؛ كحق المؤلف، وحق المخترع، والحقوق الصناعية والتجارية: كالاختصاص بالعلامة التجارية أو بالملكية الصناعية[(١)].

وما يقع تحت دائرة بحثنا هو النوعين الثاني والثالث من الحقوق المالية.

ثانياً: وقف المنافع:

إنّ محلّ الوقف هو المال، ولذا فإنه يحسن أن نبيّن أولاً: هل المنافع تعتبر أموالاً في نظر الشرع أم لا تعتبر مالاً؟

وهذا يدعونا لتعريف المال:

عرّف الحنفية المال بأنه: «ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادّخاره إلى وقت الحاجة»[(٢)].

وبناءً على هذا التعريف تخرج المنفعة؛ لأنها لا تدّخر، وليس لها

(١) المرجع السابق (٢١/٣).

(٢) حاشية ردّ المحتار (٥٠٠/٤)، وعرفوه أيضاً بتعريفٍ آخر هو: «ما يميل إليه الطبع، ويجري فيه البذل والمنع». حاشية رد المحتار (٥١/٥).

وجود خارجي، فالمنفعة ليست شيئاً مادياً موجوداً، وإنما هي أعراض تحدث شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمن، فلا تعتبر ثروة من المال؛ لأنها لا يمكن فيها الإحراز والادّخار، وهم بذلك يفرقون بين الملك والمال، فهي مملوكة ولكنها ليست مالاً في نظرهم[١].

وذهب الشافعية والحنابلة إلى اعتبار المنافع أموالاً متقومة في ذاتها؛ لأنها هي المقصودة من الأعيان، فإنّ أثمان الحاجات والأشياء تقاس بين الناس بمنافعها[٢].

ويحسن هنا أن أنقل رأي المرحوم الأستاذ مصطفى الزرقا ـ وهو الفقيه الحنفي ـ في الترجيح بين الرأيين، وذلك لأنّ المقام لا يتسع لذكر الآراء ومناقشتها، لأنّ هذا ليس هو الموضوع الرئيسي في البحث، وإن كان تخريج القول في مسألة وقف المنافع ينبني عليها.

يقول الأستاذ الزرقا: «ومن الواضح أن نظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي في إلحاق المنافع بالأعيان في المالية والتقوّم الذاتي، **هي أحكم وأمتن وأجرى مع حكمة التشريع**، ومصلحة التطبيق، وصيانة الحقوق من نظرية فقهائنا في الاجتهاد الحنفي، فإنّ اعتبار المنافع غير ذات قيمة في نفسها ليس عليه دليل واضح قويٌّ من أدلة الشريعة، لا من نصوصها ولا من أصولها، وإنما هو غلوٌّ في النزعة المادية بنظرية المال والقيمة في الاجتهاد الحنفي . . . إلى أن يقول:

«وليت أنّ جمعية المجلة، بما منحته من صلاحية الاختيار المعتبر شرعاً، أخذت في هذا الموضوع بنظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي، فعممت ضمان المنافع واعتبرتها أموالاً متقومة بذاتها في سائر الأحوال؛ رعايةً لمصلحة المجتمع، وزجراً عن العدوان الذي أصبح معظم الناس لا يتحامونه لمجرد حرمته إذا لم تقترن بالمسؤوليات المدنية»[٣].

---

(١) بدائع الصنائع: للكاساني (١٤٥/٧).

(٢) المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقا (٢٠٨/٣).

(٣) المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقا (٢٠٩/٣).

وممّا سبق يتبيّن لنا أنّ الحنفية لا يجيزون وقف المنفعة؛ لأنها ليست مالاً، ومع ذلك فقد أجازوا وقف المنفعة استثناءً في الأحكار وهي: الأرض التي تعطيها الدولة لبعض الناس ينتفعون بها مقابل أجرة يعطيها المنتفعون، وتستمرّ أيديهم عليها، ويتوارثونها فيما بينهم، لا يتعرّض لهم أحد، ولا تزعجهم الدولة عنها، طالما استمرّوا في الوفاء بالتزاماتهم الكلية تجاه الدولة[١].

أمّا الشافعية والمالكية فقد أجازوا وقف المنافع، فقد جاء في مغني المحتاج[٢]: «لو وقف بناءً أو غراساً في أرض مستأجرة له، أو مستعارة لذلك، أو موصى له بمنفعتها، فالأصح جوازه».

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير[٣]: «يصح وقف كل مملوك ولو بالتعليق، سواء كان عقاراً أم منقولاً أم منفعة».

رأي الباحث:

سبق القول بأنّ الأموال التي تكون محلاً للوقف هي العقار والمنقول بصفة عامة، والعقار هو ما لا يمكن نقله أو تحويله من محلّ إلى آخر عند الحنفية[٤]؛ وعليه فإنّ المنافع تندرج تحت مسمى الأموال المنقولة، وإذا قلنا بجواز وقفها عملاً برأي جمهور الفقهاء في وقف المنقول، فإنني أرجّح جواز وقف المنافع وقفاً خيرياً للأسباب التي سبق ذكرها.

وهذا ما ذهب إليه الكثيرون؛ فقد جاء في مجلة الفرقان: «أمّا بخصوص المحور الثاني وهو وقف المنافع والحقوق وتطبيقاته المعاصرة: فقد قرّر المشاركون أنه يجوز وقف المنافع والحقوق لعموم النصوص الواردة في مشروعية الوقف، ولتحقيق مقاصد الشارع من

(١) أحكام الوقف: للخصاف (ص٣٤).
(٢) مغني المحتاج: الشربيني (٣٧٨/٢).
(٣) حاشية الدسوقي (٧٥/٤).
(٤) مجلة الأحكام العدلية (ص١٢٨).

الوقف، ما دامت المنافع والحقوق متقوّمة شرعاً، ويجوز أن يكون وقف المنافع والحقوق على سبيل التأبيد أو التأقيت»[1].

وجاء فيها أيضاً: «وكذلك جواز وقف منافع الأشخاص وهي: ما يقدمونه من أوقاتهم في وجوه الخير؛ مثل خبرات الأطباء، والمهندسين، والمعلمين، والمفكرين... إلخ.

وجاء في نفس المؤتمر القول بوقف حقوق الارتفاق، وحقوق الملكية الفكرية المشروعة، وبراءة الاختراع، وحق التأليف، وحق الابتكار، والاسم التجاري، والعلامة التجارية، ويُصرَف العائد من استعمالها في وجوه الوقف[2].

* * *

---

(١) مجلة الفرقان، صفحة (٢) من العدد (٥):
. http//www.al-forqan.net/linkdesc.asp?id = 36068ino = 448p9 = 8

(٢) المرجع السابق.

الخاتمة: في التوصيات

لمّا كانت معظم المسائل المتعلقة بمحلّ الوقف اجتهادية تتصف بالمرونة، وتتأثر بالظروف والأعراف الاجتماعية؛ تحقيقاً لمبدأ التكافل بين أبناء المجتمع الإسلامي، وبما يتناسب مع كلّ عصر، وبما أنّ الأدوات المالية وآليات الاستثمار قد تنوّعت، ولم تعد محصورة في العقارات والأموال التي كانت سائدة في عصر السَّلف، حيث أصبحت الأموال التي يملكها الناس اليوم ـ غالباً ـ تتمثل في النقود، والأسهم، والصكوك، والحقوق، والمنافع.

والقول بعدم جواز الوقف إلا إذا كان عقاراً يؤدي إلى تعذّر مشاركة الكثيرين من أبناء المجتمع المسلم في الأوقاف الخيرية، وحرمانه ممّا يترتب على ذلك من أجر عظيم، كما يترتب عليه عدم المشاركة الفاعلة في تحقيق مبدأ التكافل لسدّ خلة المحتاجين، وتحقيق قدر أكبر من الرفاه والسعادة لأبناء المجتمع المسلم، لذلك فإننا نوصي بما يلي:

أولاً: يجوز وقف الأسهم في المؤسسات الصناعية والتجارية والزراعية والخدمية على وجوه البرّ في الأوقاف الخيرية والذرية، إذا كانت مناشط هذه الأسهم واستثماراتها جائزة شرعاً.

ثانياً: لا يجوز وقف أسهم الشركات التي تعمل في مناشط محرمة؛ كإنتاج الخمور.

ثالثاً: يجوز وقف أسهم البنوك التقليدية (الربوية) في الأوقاف الخيرية لا الذرية؛ لأنّ رأس المال فيها ليس حراماً، والمال المستفاد من الفوائد الربوية؛ مصرفه إلى الفقراء والمساكين ووجوه البرّ ذات النفع العام عند عدم التمكن من ردّه لأصحابه. وعلى متولي الوقف أن يعمل على استبدال هذه الأسهم واستثمارها فيما هو حلال شرعاً. وإذا تعارض شرط الواقف مع شرط الشارع، فلا عبرة بشرط الواقف.

رابعاً: يجوز وقف الصكوك الإسلامية والاستفادة من ريعها، وسواء في ذلك صكوك المقارضة، أو الأعيان المؤجرة، أو صكوك المؤسسات الخدمية، أو صكوك عقود بيوع السَّلم أو الاستصناع، إذا كانت في مؤسسات تعمل فيما هو حلال شرعاً، واستوفت الشروط الشرعية لتداولها وفق ضوابط محددة؛ ومن أهمها ضبط الأسواق المالية التي تعمل فيها بمعايير الشريعة الإسلامية.

خامساً: يجوز وقف الحقوق المالية، والحقوق الأدبية؛ كحق التأليف، وحق الابتكار، والعلامات الصناعية والتجارية، شريطة أن تكون في المباحات.

سادساً: يجوز وقف المنافع، سواء كانت منافع مؤسسات خدمية أو منافع أشخاص لفترات زمنية مؤبدة أو مؤقتة؛ كخدمات الأطباء والمستشفيات وغيرها فيما هو جائز شرعاً.

* * *

قائمة المراجع

أولاً: كتب اللغة

١ ـ المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، مطبعة مصر، سنة ١٩٦١م.

٢ ـ لسان العرب: جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور الإفريقي)، ط١، دار صادر ـ بيروت.

٣ ـ مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر الرازي، ط١، دار الكتاب العربي ـ بيروت، سنة ١٩٦٧م.

ثانياً: كتب الحديث

٤ ـ صحيح البخاري.

٥ ـ فتح الباري بشرح صحيح البخاري: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ط.دار الفكر.

٦ ـ مسند الإمام أحمد.

٧ ـ نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار: محمد بن علي الشوكاني، ط٣، سنة ١٩٦١م، مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة.

ثالثاً: كتب الفقه الحنفي

٨ ـ أحكام الوقف: أبو بكر أحمد بن عمر الخصّاف.

٩ ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين بن إبراهيم (ابن نجيم)، ط.دار المعرفة ـ بيروت، الطبعة الثانية بالأوفست.

١٠ ـ الفتاوى الهندية: جماعة من علماء الحنفية برئاسة الشيخ نظام.

١١ ـ المبسوط: شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي.

١٢ ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني.

١٣ ـ حاشية رد المحتار على الدرّ المختار: محمد أمين بن عمر (ابن عابدين)، دار الطباعة المصرية ـ القاهرة سنة ١٢٧٢هـ.

١٤ ـ فتح القدير: الكمال بن عبد الواحد (ابن الهمام)، ط.دار إحياء التراث العربي ـ بيروت.

رابعاً: كتب الفقه المالكي

١٥ ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد (ابن عرفة الدسوقي).

١٦ ـ حاشية الصاوي على الشرح الصغير: أبو العباس أحمد الصوي.

١٧ ـ مواهب الجليل شرح مختصر خليل: محمد بن محمد بن عبد الرحمٰن الحطاب، ط.دار الفكر ـ بيروت.

خامساً: كتب الفقه الشافعي

١٨ ـ أسنى المطالب شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري.

١٩ ـ المهذب: أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي، طبعة عيسى البابي الحلبي ـ القاهرة.

٢٠ ـ تحرير ألفاظ التنبيه: يحيى بن شرف النووي.

٢١ ـ تكملة المجموع: محمد نجيب المطيعي، المكتبة السلفية ـ المدينة المنورة.

٢٢ ـ حاشية البجيرمي على الخطيب: سليمان بن محمد البجيرمي.

٢٣ ـ مغني المحتاج شرح المنهاج: محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، طبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٩٥٨ ـ القاهرة.

٢٤ ـ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: شهاب الدين الرملي.

سادساً: كتب الفقه الحنبلي

٢٥ ـ المغني: موفق الدين عبد الله بن أحمد (ابن قدامة المقدسي)، مطبعة الإمام ـ القاهرة.

٢٦ ـ شرح منتهى الإرادات: منصور بن يونس البهوتي.

٢٧ ـ كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس البهوتي، ط. دار الفكر، ١٩٨٢م.

سابعاً: كتب الفقه الإمامي

٢٨ ـ الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية: زين الدين بن علي العاملي، ط.دار الفكر ـ دمشق.

ثامناً: كتب فقهية حديثة

٢٩ ـ الاتجاهات المعاصرة في تطوير الاستثمار الوقفي: د. أحمد السعد العمري ود.محمد علي العمري، سلسلة الدراسات الفائزة في مسابقة الكويت الدولية لأبحاث الوقف لسنة ١٩٩٩م، طبعة الأمانة العامة للأوقاف/الكويت ٢٠٠٠م.

٣٠ ـ محاضرات في الوقف: العلامة الشيخ محمد أبو زهرة.
٣١ ـ المدخل الفقهي العام: الأستاذ العلامة مصطفى الزرقا، مطابع ألف باء ـ الأديب، ط٩، دمشق، ١٩٦٧م ـ ١٩٦٨م.
٣٢ ـ الوقف الإسلامي: تطوره، إدارته، تنميته: د. منذر قحف، دار الفكر، دمشق سنة ٢٠٠٠م.
٣٣ ـ أحكام الوقف والوصايا في الشريعة الإسلامي: د. أحمد فراج حسين، ط.دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة ٢٠٠٣م.
٣٤ ـ أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية: محمد عبيد الكبيسي، مطبعة الإرشاد ـ بغداد، سنة ١٩٧٧م.
٣٥ ـ أحكام الوقف في الفقه والقانون: د. محمد سراج، طبعة ١٩٩٣م، الإسكندرية.
٣٦ ـ المنهل الصافي في الوقف وأحكامه: محمد أسعد الإمام الحسيني.
٣٧ ـ المفصل في أحكام الربا: علي الشحود الباب.
٣٨ ـ المفصّل في أحكام المرأة: د. عبد الكريم زيدان، ط١، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، ١٩٩٣م.
٣٩ ـ المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية، البحرين ٢٠٠٤م.
٤٠ ـ الصكوك الوقفية ودورها في التنمية: د. كمال حطاب، جامعة اليرموك/كلية الشريعة، بحث سنة ٢٠٠٦م.

تاسعاً: المجلات

٤١ ـ مجلة الأحكام العدلية.
٤٢ ـ مجلة مجمع الفقه الإسلامي. جدة، ١٩٨٨م.
٤٣ ـ مجلة مركز: صالح كامل للاقتصاد الإسلامي.

❋ ❋ ❋

وقف الأسهم والصكوك
والحقوق المعنوية

إعداد
الدكتور منذر قحف
أستاذ الاقتصاد الإسلامي

مقدّمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الأنام والمرسلين.

في معرض الحديث عن تنمية الأوقاف، فإن تشجيع إنشاء أوقاف جديدة، وقيامها بدورها الاقتصادي والاجتماعي مسألة تحتل أهمية محورية. وهي تتطلب تهيئة الإطار القانوني والفقهي الملائم، بل المشجع على إنشاء أوقاف جديدة، ويأتي ذلك في إطار ضرورة إعادة صياغة فقه الوقف المعاصر بما يتناسب مع هذا الهدف.

ومن أجل عرض صور مستجدة في الأوقاف، لا بد لنا من البدء بتقديم نبذة مقتطفة من بعض المسائل الفقهية التي تشكل خلفية أو أرضية تقوم عليها هذه الصور المستجدة. ففقهنا الإسلامي ـ بفضل من الله تعالى ـ غني، كثير العطاء، بأصوله ومبادئه. الأمر الذي يجعلنا نتجاوز عن بعض التقييدات التي وضعها بعض الفقهاء، مما لا يتناسب مع السعة والتنوع في المبادئ والأصول.

وسيشكل عرض بعض الأفكار الفقهية المبحث الأول في هذه الورقة. حيث نشير إلى النصوص الأساسية التي تشجع على البر والتبرع لأعمال الخير، دون أن تقيد المحسن بأي شكل مخصَّص للإحسان أو صيغة له. كما سنحاول مناقشة الآراء الفقهية التي تؤثر على فقهيات الصور المستجدة من الوقف، واستخلاص النتائج منها.

وسأعمد في المبحث الثاني إلى دراسة العوامل والأسباب التي أدت إلى ظهور الحاجة الملحة إلى صور مستجدة من الوقف بما في ذلك ظهور أشكال تنظيمية جديدة للنشاط الاقتصادي، وتطور أوعية الاستثمار وقنواته وتنوعها الكبير. كما سنقوم في هذا المبحث بمحاولة لفهم الأهداف التفصيلية الجديدة للوقف، مما لم يكن واضحاً أو وارداً في أشكال الوقف التقليدية المعروفة تاريخيا.

أما في المبحث الثالث فسنناقش فيه صوراً جديدة للأوقاف، هي فقط تلك التي طلب مني المجمع متفضلاً الحديث عنها. منها ما هو معمول به فعلاً في التطبيق الفعلي في بعض البلدان والمجتمعات الإسلامية (تحت أسماء غير وقفية عديدة) على الرغم من عدم الإشارة إليه في المجلدات الفقهية، ومنها ما تدعو الحاجة والمصلحة إليه. وكلها مما ينبغي لفقه الوقف المعاصر أن ينظمه ويوضح معالمه وتكييفه الشرعي. وسنصنف هذه الصور بحسب طبيعة المال الموقوف، وهو إما أن يكون جزءاً مشاعاً من مجموعة أعيان وديون ونقود وحقوق كما في الأسهم، أو حقوقاً معنوية متقومة، أو منافع، أو نقوداً.

وسأعرض في نهاية البحث أهم النتائج التي نستخلصها منه مع بعض التوصيات.

* * *

المبحث الأول

أعمال البر في الشريعة تسع الأوقاف وغيرها. وقد بوب الفقهاء في أعمال البر عناوين عديدة أهمها: الصدقة، الهبة، والعارية، والمنيحة، والعُمرى، والرُقبى، والعرايا، والوصية، والوقف، والقرض، وغيرها.

وسنعرض سريعاً بعض النصوص الشرعية التي ترتبط بعلاقة ما بموضوع بحثنا، وهو بطبيعته صور مستجدة من الوقف، دون أية محاولة منا للشمول أو الاستقصاء، أو للإحاطة بجميع النصوص وعرضها ومناقشتها وإبراز الحجج والمرجحات، لأننا لا نقصد في هذا الفصل سوى الاستشهاد، دون الاستقراء الكامل لها.

أ ـ النصوص الأصلية من القرآن والسنة:

أما النصوص فهي كثيرة جداً في القرآن الكريم وفي السنة المطهرة، في باب الصدقة والإنفاق في سبيل الله تعالى بشكل عام. على أن لدينا نصوصاً تتعلق بمعنى خاص من معاني البر، وهو البر ذي الأجل الطويل مما تناسب بحثنا بشكل محدد نرى من المفيد التذكير بها.

فآيتا التعاون والماعون مثلاً هما مما يكثر الفقهاء الاستشهاد بهما، بل والاستفتاح بهما، عند الحديث عن العارية والمنيحة والوقف. فآية ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ تحث على العمل الجماعي المتضافر في فعل الخيرات وجميع أعمال البر. ومن أعمال البر ما هو دائم مؤبد لا ينقطع، ومنها ما يستمر لفترة من الزمن ينتهي بعدها، ومنها ما هو آني لا يمتد خلال الزمان. وآية ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ﴿٧﴾﴾ تدعو بالويل على الذين يتصفون بهذه الصفة الخبيثة، فيمسكون العواري عمن يحتاجها دون أن يكونوا هم أنفسهم بحاجة إليها.

أما في السنّة المطهرة فهناك أحاديث كثيرة منها ما يتحدث عن الصدقة الجارية بشكل عام، نحو حديث أبي هريرة، عند مسلم

وأصحاب السنن «أن رسول الله ﷺ قال: إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»[1]. وقصة ندب الرسول ﷺ عثمان للزيادة في المسجد النبوي ولشراء بئر رومة وتسبيلها[2].

ب ـ الآراء الفقهية:

أما آراء المذاهب والفقهاء، مما له تأثير في البحث الراهن فكثيرة نستخلصها من أبواب العارية، والمنيحة، والعمرى، والعرايا، والوصية، والوقف. وقبل بحث الآراء الفقهية لا بد لنا من التأكيد مع فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا أن «تفاصيل أحكام الوقف المقررة في الفقه هي جميعاً اجتهادية، قياسية، للرأي فيها مجال»[3]. ولم تجمع الأمة في أحكام الوقف إلا على اشتراط كون غرضه «قربة إلى الله تعالى»[4]. وليس يهمنا الخوض في اختلاف الفقهاء، وإنما نهتم بأن لا تغلق أبواب للخير، فتحها الشارع بعموم النصوص التي تدعو للبر والإحسان، بسبب الخلاف أو بسبب الأسماء التي وضعها الفقهاء لبعض أبواب الخير. والبر والمعروف والإحسان ما عليها من قيود في الشرع. فلا ينبغي لنا أن نحقر من المعروف شيئاً، ولا أن نقيده بقيد يحد من انتشاره وشيوعه، ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ﴾ [التوبة: ٩١] وسنذكر من الأحكام والآراء الفقهية ما له علاقة بموضوعنا دون نقصٍ قصداً للاختصار.

ب ـ ١ العارية هي إباحة المنفعة للمستعير[5]. وهي جائزة بالنص

(١) انظر قحف، النصوص الاقتصادية والمالية، النص رقم ٦٧٣.
(٢) الحديث أخرجه النسائي بإسناد حسن، انظر قحف، نفسه، النص رقم ٥٦٧.
(٣) الشيخ مصطفى الزرقا: أحكام الأوقاف ـ الجزء الأول ـ مطبعة الجامعة السورية ١٩٤٧، ص١٥.
(٤) نفسه.
(٥) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي، مطبوع في حاشية المجموع، طبعة دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ، ج١١، ص٢٠٩. وانظر أيضاً: الموسوعة الفقهية ـ وزارة أوقاف الكويت ـ ج٥، ص١٨١ ـ ١٩٥.

والإجماع والقياس. أما الإجماع فلأنها من القربات المندوب إليها. وأما القياس فلما جازت هبة العين جازت هبة المنفعة[١]. ويشترط في الشيء المعار أن يكون مما يبقى أصله وأن تكون منفعته مباحة[٢]. كما يمكن إعارة «الدور والأرضين والحيوان وجميع ما يعرف بعينه»[٣]. فيعار الحيوان لخدمته أو لدره وتعار الدور للسكنى والأرضين للدفن أو للزرع أو للغرس أو لغير ذلك من الاستعمالات المباحة[٤]. «ليس من شرطها (أي: العارية) أن يكون المقصود مجرد المنفعة بخلاف الإجارة»[٥] إذ أن إعارة الشاة لدرها جائزة على أحد وجهين، «فهي عارية لاستيفاء عين»[٦] وليس منفعة.

ب ـ ٢ والمنيحة هي الناقة أو البقرة أو الشاة ذات اللبن يدفعها إلى من يشرب لبنها مدة ثم يردها إليه[٧]. وللمنيحة أحكام العارية عند الشافعية، فهي عارية من أجل الدر، مضمونة على المستعير. ولا يضمن قيمة اللبن لأنه هو المقصود منحه. وحكمها الاستحباب[٨]. وتصح في ثمر الشجر وتسمى العرية[٩].

ب ـ ٣ أما العمرى فهي باب آخر من أبواب البر «يجعل فيه المالك شيئاً يملكه لشخص آخر عمر هذا الشخص»[١٠]. وهي جائزة عند المالكية، للمعمَر فيها المنفعة فقط. فهي تمليك منفعة مؤقتة بعمر من

---

(١) تكملة المجموع، ج١٤، ص١٩٩.
(٢) الرافعي، ص ٢١٣، وابن رشد، بداية المجتهد، دار المعرفة، بيروت، ج٢ ص٣١٣.
(٣) ابن رشد، ج٢ ص٣١٣.
(٤) الرافعي، ص٢٢٥.
(٥) الرافعي، ص٢١٣.
(٦) الرافعي، ص٢١٣.
(٧) المجموع للنووي ج٦، ص٢٤٣.
(٨) نفسه.
(٩) مواهب الجليل للحطاب، الجزء السادس ـ دار الفكر، بيروت، ص٦١.
(١٠) الموسوعة الفقهية، ج٣٠، ص٣١١.

أعطيت له[1]. وحكمها الندب وتعود بعد موت المنتفع إلى مالكها أو إلى ورثته. وظاهر كلام الحطاب صحتها سواء أكانت طيلة عمر المنتفع أو لأجل محدد مضروب لأنه قال: «أو فرس لمن يغزو سنين... ولا يبيعه، أي: المالك المعمِر إلا لبَعد الأجل»[2]. وينقل الحطاب عن مالك صحة الهبة في نخل بعد عشر سنين تبقى خلالها النخل بيد الواهب يسقيها ويقوم عليها فيكون «إنما وهب نخله بعد عشر سنين، فذلك جائز للموهوب له إن سلمت النخل إلى ذلك الأجل، ولم يمت ربها، ولا لحقه دين. وله أخذها بعد الأجل»[3]. والعمرى (أو هبة المنفعة) التي تقبض فيها العين قبل الموت لا تسقط بموت المعمِر إذا كانت لمدة محددة وقبض المستفيد العين قبل موت المعمِر. ويكون حق المستفيد ثابتاً في منفعة العين «إلى انقضاء المدة المذكورة»[4]. ويجوز استثناء الواهب منافع الشيء الموهوب بقية حياته، «فتكون (المنفعة) بعد الموت داخلة في الهبة بلفظ الهبة الأول»[5].

ب ـ ٤ والعرايا، ومفردها عريّة هي النخلة تكون في أرض شخص يهب ثمرتها لآخر[6]. وقد تكون لسنة أو سنوات أو أكثر من ذلك، وقد تكون عمرَ الموهوب له، فتكون عمرى. فيبيع المعرِّي (أو المعرَّى على الخلاف في من له الرخصة) كيلاً معلوماً من التمر الجاف بخرص النخلة من الرطب. فهي رخصة (من ربا الفضل والنساء على قول خلاف الأقوال) لما فيها من عون لمحتاج إلى الرطب في موسمه. وقد اتفقت المذاهب على أن فيها إرخاص[7]. فقالت الشافعية والحنابلة:

---

(١) نفسه، ص٣١٣.
(٢) مواهب الجليل، ص٦١.
(٣) نفسه، ص٦٢.
(٤) المعيار المعرب للونشريسي، طبعة دار الغرب الإسلامي، بيروت، ج٩، ص١٣٨ ـ ١٤٠.
(٥) الونشريسي، ج٩، ص١٥٣.
(٦) ابن رشد، ج٢، ص٢١٦.
(٧) يلاحظ هنا أنه مهما تنوعت تفسيرات المحدثين والفقهاء لوجه الإرخاص في العرية، فإنه بكل تأكيد ليس لضرورة، إذ لا ضرورة غذائية ولا غير غذائية في=

إنها استثناء من بيع التمر رُطَباً بجاف حالَّيْن. وقال مالك: هي أيضاً ترخيص من ربا الفضل ومن ربا النسيئة معاً فهو يقول بجواز بيع العرية حالاً وآجلاً. وقال أبو حنيفة: إنها استثناء من الرجوع في الهبة بعوض[1].

ب ـ ٥ وفي الوصية، يقول الشافعية بصحتها في الأعيان والمنافع[2]. مثال المنافع: الوصية بخدمة العبد وبسكنى الدار. وتجوز الوصية بالمنفعة مقدرة بمدة محددة، كما تجوز مؤبدة دون تحديد مدة، وتقع في حدود الثلث[3]. والوصية بالمنفعة، صحيحة عند المالكية أيضاً، سواء أكانت مقيدة بمدة أم مؤبدة دون مدة[4]، فتكون عندئذ في حكم المقيدة بحياة العبد (في منفعة العبد) «على قول ابن القاسم وهو الراجح أو بحياة الموصى له على قول أشهب»[5]. وتقع الوصية بالمنفعة عند المالكية في حدود الثلث أيضاً كالشافعية[6]. كما يرى الونشريسي أن

= مبادلة الرطب بالتمر الجاف، ولو كان أمر الضرورة في وصول المعرّى له لنخلته في بستان المعري لألحق ذلك بقواعد الاستئذان التي تحدثت عنها الشريعة. كما لا توجد حاجة (بالمعنى الذي أشار إليه الشاطبي والغزالي) إذ لا توجد مشقة بأكل التمر الجاف ولا بالاستئذان في أوقاته. والذي يبدو لي ـ والله سبحانه أعلم ـ أن وجه الإرخاص كان مراعاة لرغبات الناس وعاداتهم الاجتماعية. ففي موسم الرطب، يأكل الناس الرطب، فلماذا لا يستطيع الفقير (المعرّى له) أن يأخذ لأهله الرطب مثل الآخرين؟ أو لماذا تُعقَّد على الناس حياتهم بقواعد الاستئذان (وهي شرعية أيضاً) أو تقيد خصوصياتهم بدخول الآخرين عليهم. فلتكن إذن هذه المبادلة، ولو خالفت بعض القواعد المعروفة، لأنها أولاً في إطار أعمال البر، ولأنها ثانياً في أمور صغيرة لا يشكل فيها خرق القاعدة تياراً اجتماعياً أو قانونياً ذا أثر (لذلك يرى مالك رحمه الله أن لا ربا في التوافه من المبادلات مثلاً). فهل ندرك نحن اليوم مثل هذه الحكمة العظيمة في أمورنا ومعاملاتنا؟!

(١) ابن رشد، ص ٢١٧ ـ ٢١٨.

(٢) تكملة المجموع، ج١٤، ص ٢٠٠ ـ ٢٠١. وكذلك ج ١٥، ص ٤٢٦.

(٣) تكملة المجموع، ج١٥، ص ٤٢٦.

(٤) الونشريسي، ج٩، ص ٢٥٦.

(٥) حاشية الرهوني، طبعة دار الفكر، بيروت ١٩٧٨، ج ٨، ص ٢٧٤ ـ ٢٧٥.

(٦) نفسه، ص ٢٧٥.

للموصى له بسكنى الدار أن يستغلها فيؤجرها إن شاء[1]. والوصية بالمنفعة جائزة أيضاً عند الأحناف وهي تقبل التوقيت[2].

ب ـ ٦ أما في باب فقه الوقف. فقد نص الفقهاء على جواز وقف أنواع من المنقولات. والمنقولات بطبيعتها تؤول إلى الانقضاء والزوال. فقال الشافعية بصحة وقف البناء والحيوان والأثاث والسلاح. منها ما هو على وجه الاستقلال كالسيف والفرس ومنها ما هو تبعاً للأرض كالبناء[3]. كما أنهم علقوا وجهاً في جواز وقف النقود على صحة إعارتها للانتفاع بها في الزينة، وعللوا القول بعدم الجواز على الراجح عندهم بعدم إمكان بقاء النقود عند الانتفاع بها[4]، فهو منع معلل يدور مع علته حيث دارت. وكذلك الأمر في وقف المنقول عند الأحناف فإنه يصح تبعاً للأرض. كما يصح فيما ورد في السنة وفقه، كالسلاح والخيل للجهاد. ويصح أيضاً فيما تعامل الناس فيه بالوقف وتعارفوه، نحو وقف الكتب والمصاحف[5]. وقد ذكر الشيخ الزرقا، رحمه الله، أنواعاً من المنقولات التي جرى التعامل والعرف بوقفها، منها ما هو آيل للانقضاء بطبيعته بسبب البلى والموت، كالفأس والقدوم والقدور والجنائز وثيابها والأكسية للفقراء والسفن والشجر والقمح لاستعماله في إقراض البذر للمزارعين والحيوان والعبد[6].

كما ذكر الزرقا أيضاً جواز وقف الدراهم والدنانير، وهي مما يتعرض للزوال بالسرقة وعدم قدرة المدين على الدفع في حالة وقفها للإقراض كما أنها معرضة للخسارة ولأنواع خيانة الأمانة Moral Hazards في حالة وقفها لتستثمر بالمضاربة ليكون إيرادها للموقوف عليهم[7]. كما

---

(١) الونشريسي، ج٧، ص ٢٨٦.
(٢) الزرقا، ص ٣٩.
(٣) تكملة المجموع، ج ١٥، ص ٣٢٠ وما بعدها.
(٤) نفسه، ص ٣٣٠.
(٥) الزرقا، ص ٤٧ ـ ٤٨.
(٦) نفسه، ص ٤٨ ـ ٤٩.
(٧) نفسه، ص ٤٩.

تحدث المالكية عن وقف البقرة للبنها، وأنه لا يجوز تحويل عينها عمن حبست عليه إذا كانت البقرة خرجت من حوز الواقف[1]. وكذلك نجد عندهم حبس الفرس[2].

كما أن ابن عرفة يعرف الوقف على أنه «إعطاء منفعة شيء مدة وجوده...»[3] وهذا التعريف يدل على جواز وقف أشياء ذات طبيعة موقوتة.

وقال غير الأحناف بصحة وقف المنقول ـ عموماً ـ دون قيد التبعية أو العرف، إذا لم يكن مما لا ينتفع به إلا بالإتلاف كالطعام. فالشافعية والحنابلة أجازوا وقف المنقول باعتبار «أن التأبيد يعتبر في كل عين بما يناسبها، فما لا يكون قابلاً للبقاء فإن معنى التأبيد فيه مقدر بمقدار بقائه»[4]. وهم بذلك رجعوا في الحقيقة إلى تعريف ابن عرفة. أما المالكية، فيقولون أصلاً بعدم اشتراط التأبيد ويجيزون توقيت الوقف، سواءٌ أكان التوقيت بسبب عمر الشيء الموقوف، أم بإرادة الواقف نفسه[5].

والحقيقة أن فقهاء المذاهب جميعاً قد أجمعوا على جواز وقف أشياء منقولة ذات عمر محدود بطبيعتها، كالفرس، والسلاح، والكتب، والمصاحف، وغيرها من المنقولات. لذلك يعلق الشيخ الزرقا على معنى التأبيد فيقول: «إن شرط التأبيد يعود في الحقيقة إلى شرائط الجهة الموقوف عليها لأن الدوام وعدمه إنما هما من أحوالها، وليس معنى تأبيد الوقف إلا دوام الموقوف عليه»[6].

---

(١) الونشريسي، ج٧، ص ٧٦.
(٢) نفسه، ص ١٠٤.
(٣) الخالد، ج١، ص ٦٧.
(٤) الخالد، ج ١، ص ١٧٥.
(٥) أبو زهرة، محاضرات في الوقف، ص ١١١.
(٦) الزرقا، ص ٤٢.

ج ـ مناقشة للآراء الفقهية ونتائج:

لا بد لنا بعد هذا التمهيد الفقهي من مناقشة سريعة لهذه الآراء الفقهية وتصنيفها بما يضعها في مواضعها بالموازين القسط، وذلك في ضوء النصوص الأصلية من الكتاب والسنة والواقع الاقتصادي والاجتماعي المعاصر، وبخاصة ما يتعلق بفنون تجميع الأموال (أعياناً ونقوداً) وأشكال استعمالاتها. نُتبع ذلك بتصنيف نقترحه لأعمال البر ينسجم مع ما أراده الشرع الحنيف وما تدل عليه النصوص الأصلية والفقهية السابقة.

فمن الواضح أن نصوص الكتاب والسنة تحث على الصدقة بعمومها وكل أشكالها وصورها. وقد وردت الصدقة الجارية في السنة كما رأينا. ومن الواضح أيضاً أنه لا قيد على أعمال البر المالية، فيما عدا القيود المعروفة من حيث الملك، والأهلية، والقُربة، وعدم تعلق حقوق للغير، إلخ. فللمسلم أن يتصدق بالقليل أو الكثير، أو العين أو المنفعة، أوالأصل أو الدر، إلخ. فكل ذلك من الإحسان، و«ما على المحسنين من سبيل». ولقد نص الفقهاء على جواز أعمال من البر، مأخوذة من صور عرفت في مجتمعاتهم، مما عرفوا وألفوا. حتى إنهم ليؤكدون أنه في أعمال البر يتساهل الشارع الحكيم، فيترخص من كثير من القيود التي لا يترخص بها في المعاوضات[1]. كل ذلك يدل على

---

(١) فمالك مثلاً يقول بأن القياس ـ بل نص حديث ربا البيع ـ ينبغي أن يكون على حرمة القرض لأنه حالّ بآجل في المثليات، وأنه إنما أبيح تساهلاً في التبرعات، لما فيه من الرفق والتوسعة على الناس، إذ القرض من أعمال البر. وقد أجمع المسلمون على جواز القرض كما أكدت السنة المطهرة على أجره الكبير. والعرايا إنما أرخصت تيسيراً على الناس، لما فيها من البر، فهي تتضمن ـ على اختلاف بين الفقهاء في تفسير موطن الرخصة فيها كما رأينا ـ هبة تقوم على معاني البر بالمال، فأُرخص فيها ما لم يرخص في البيوع. كما قالوا بجواز استيفاء أعيان في المنيحة والعارية، نحو لبن الشاة، رغم أن قياسهما على الإجارة لا يجعل ذلك جائزاً، لأن الإجارة لا تصح لاستيفاء أعيان. [انظر أبو زهرة، الإمام مالك ص ٢٩٧ وابن رشد ج ٢، ص ٢١٦ ـ ٢١٩].

سعة آفاق الفقه الإسلامي وقدرته على استيعاب أشكال عديدة من أعمال البر.

ويمكن ـ بناءً على ما سبق ـ أن تصنف أعمال البر المالية في الشريعة في نوعين عريضين هما: الصدقة بالمستهلكات والصدقة الجارية. وهي صدقة بأشياء معمرة. فالصدقة بالمستهلكات معروفة، وهي ما كان المتصدَّق به مواد استهلاكية، يستعملها من يأخذها فتنقضي أو تتلف باستعمالها، وهي معروفة وكثيرة الذكر في النصوص الأصلية والفقهية.

أما **الصدقة الجارية** فتشمل أعمال بر مالية ذات أجل يطول أو يقصر. منها ما هو مؤبد نحو وقف الأرض على سبيل التأبيد. ومنها ما تجري فيه الصدقة ما بقي المال المتصدق به. فالبر في القرض، ما دام المال المقرض في ذمة المقترض، والبر في النظِرة حتى وفاء الدين، والبر في وقف المنقولات حياتها أو عمرها الاستعمالي. والبر في المنيحة ما دامت يستفيد منها من منحت له، وكذا في الإعارة، والبر في هبة المنقولات المعمرة ما عاشت. . . إلخ.

وفي الوقف قال جمهور الفقهاء بتأبيده، رغم تفسيرهم غير التأبيدي لوقف المنقول. وهو نوع من البر عرفه الناس وألفوه وأكثروا منه. ولا نريد أن نناقش جواز توقيت الوقف بإرادة الواقف فالزرقا يعلق عليه بقوله: «وأنت ترى أن اجتهاد المالكية (بالقول بالتوقيت) أقوى دليلاً، وأرجح مقصوداً وأكثر تسهيلاً في مقاصد الخير»[1]. ولكننا نريد أن نعتذر للجمهور أنه كان يصعب في الماضي تصور التوقيت في مصالح كثيرة.

فبعد أن وازن الإمام أبو زهرة بين أدلة من يقول باشتراط التأبيد وأدلة من يرون جواز التوقيت في الوقف عقب بقوله: «فرأيتَ أن الأكثرين عدداً قد قالوا: إن التأبيد جزء من معنى الوقف ومفهومه. وأن القلة من الفقهاء رأت أن التأبيد ليس جزءاً من معنى الوقف، فيجوز

(١) الزرقا، ص ٣٨.

مؤقتاً ومؤبداً معاً. وقد علمتَ أن القلة تستمد رأيها من معاني الشريعة ومغزاها ومرماها. وهي بهذا قد استعاضت عن قلة عددها بقوة دليلها. وكان من هذه القلة إمام جليل هو من أئمة الرأي وعلماء السنة: الإمام مالك. فجواز توقيت الوقف ـ مع قوة دليله ـ قد زاده قوة فوق قوته أنه قول من لا يحيد عن السنة قيد أنملة ومن يدرك وجوه الرأي السليم»[1].

* * *

(١) أبو زهرة، محاضرات في الوقف، ص ٧٧.

المبحث الثاني

أولاً ـ عوامل أدت إلى ظهور صور جديدة من الوقف:

مع تطور الحياة البشرية والتغيرات الكثيرة التي حصلت في الممارسات والنشاطات المالية والاقتصادية للمجتمعات الإسلامية وغير الإسلامية، تميزت حاجات ومصالح جديدة في ميدان أعمال البر استدعت ظهور أشكال جديدة من البر، لم تكن معروفة ولا مألوفة من قبل، كما أدت أيضاً إلى ظهور أهداف جديدة تفصيلية للأوقاف لم تكن ظاهرة فيما مضى من العصور.

وأهم هذه التطورات ذات العلاقة بغرض هذا البحث هو ما حصل في ثلاثة جوانب هي: أولاً ـ ابتكار مفهوم المؤسسة Corporation وما رافق ذلك من ظهور تجمعات سكانية كبرى أدت إلى اتساع وتضخم حجم المنشأة أو المؤسسة، وما جاء من ابتكار تكنولوجيات مناسبة للإنتاج الكبير والاتصالات الواسعة ثم الفصل بين الإدارة والملكية؛ وثانياً ـ شيوع الضرائب المتنوعة على أنواع الأموال المختلفة من ثروات ودخول بشكل شامل ومنتظم، ومع الضرائب ظهرت الإعفاءات والاستثناءات؛ وثالثاً وأخيراً ـ ابتكار أساليب جديدة في الاستثمار يمكن للأموال الوقفية الاستفادة منها. وسنذكر بسرعة تأثير كل من هذه التغيرات.

١ ـ نشوء المؤسسة Corporation(١):

نشأت المؤسسة وتطورت في البلدان الغربية، وبخاصة بريطانيا

(١) يراجع في موضوع المؤسسة عنوان Corporation في كل من New Encyclopedia Britanica طبعة ١٩٩٥، الجزء الثالث، وEncyclopedia Americana طبعة ١٩٩٤، الجزء الثامن.

والولايات المتحدة، ثم ألمانيا وفرنسا. وكان ذلك على مسار عدة قرون. فمنذ أواخر القرن السادس عشر بدأ يظهر نوع من الشركات، سمي شركات الأسهم المتحدة Joint Stock Companies. وهي نوع من الشركة يتجمع رأس مالها من عدد يتجاوز الآحاد ويتوزع بينهم على طريقة الحصص. ثم بدأت فكرة الحاجة إلى توسيع رأس المال ومساهمة ممولين لا يعملون في الشركة. وأخيراً اتخذت شكلها الحالي خلال الثلثين الأولين من القرن التاسع عشر.

وأهم ما تتميز به المؤسسة خصائص ستة هي على وجه كبير في الأهمية. وهذه الخصائص هي: ١) الشخصية القانونية المستقلة وما لحق بها من ذمة مالية، ٢) المسؤولية المحدودة، ٣) عدم محدودية مدة الشركة، ٤) تداول أسهمها، ٥) كثرة عدد المساهمين في العادة، ٦) الفصل بين الإدارة والملكية في العادة أيضاً. وقد نشأت مؤسسات مغلقة تنعدم فيها الخصائص الثلاثة الأخيرة.

ولعل أهم وصف للمؤسسة هو وجود مجموعة أموال تدار لتحقيق هدف معين. وهي بهذا تشبه الوقف الذي يُستثمر ماله من أجل تحقيق فائض يوزع على الموقوف عليهم. ويلاحظ أن هناك أوجه شبه أخرى بين المؤسسة والوقف من حيث وجود ذمة مالية لكل منهما مستقلة عن ذمة المدير وعدم محدودية عمر كل منهما والفصل بين الإدارة والملكية.

ولقد توسع تطبيق مفهوم المؤسسة إلى غير القطاع الإنتاجي أو الاقتصادي البحت، حتى صار صنواً للشخصية المعنوية ونموذجاً لفصل الإدارة عن الملكية. فحيثما يحتاج الناس إلى وجود هذه الشخصية المعنوية، جعلوا حاملها مؤسسة. فمجالس التعليم، والبلديات والجمعيات الخيرية، والنقابات، والجامعات، ومراكز البحث العلمي، والأوقاف لوجوه البر العامة Foundations، كل ذلك وغيره كثير صار مؤسسات، لا بد أن يحمل في نهاية اسمه عبارة Incorporated بشكلها المختصر في الغالب Inc. . .

ومع ظهور مفهوم المؤسسة، وجدت شركات المساهمة، بل إنهما

ما افترقتا إلا قليلاً كما أوضحنا. وشركات المساهمة والمؤسسات أوجدتا ألواناً جديدة من الاستثمار: الأسهم بأنواعها والسندات بأنواعها، يستربح الناس من خلالها، ويستفيد منها بشكل خاص أولئك المستثمرون الذين لا يرغبون بإدارة أموالهم بأنفسهم، وكذلك أشخاص يديرون أموالاً لا يملكونها مثل أموال الأوقاف، والهيئات الدينية والاجتماعية والعلمية وغيرها.

ولقد كان لظهور مفهوم المؤسسة، ثم توسعه، وترسخه، تأثير كبير في تنشيط الأوقاف، والأعمال الاستثمارية التي تقصد وجوه البر بشكل عام، لأنه قدم النموذج الإداري والقانوني الذي تسهل محاكاته من جهة، ويسَّر سبل استثمار الأموال الوقفية من جهة أخرى. غير أن ذلك كان عاملاً من جملة عوامل، نتابع دراستها بإيجاز.

٢ ـ توسع النظم الضريبية وتعقدها:

النظم الضريبية في مختلف البلدان ظاهرة قديمة قدم التجمعات الإنسانية[١]. والذي يهمنا منها هو أنه مع توسع النظم الضريبية وكثرة تفصيلاتها أدركت معظم الأمم حاجات كثيرة لتشجيع أعمال البر من خلال النظم الضريبية. وقد أدى ذلك إلى ظهور أنواع من الإعفاءات، والتخفيضات الضريبية للأموال المخصصة لوجوه البر، عامة اجتماعية، أو خاصة أهلية، وكذلك إعفاءات وتخفيضات ضريبية للمتبرعين لوجوه البر.

فالبنية القانونية للإعفاءات والتخفيضات الضريبية في كثير من البلدان تتضمن الإعفاء الكامل للمؤسسات الوقفية ذات البر العام Public Foundations من الضرائب على أموالها التي تملكها، وكذلك الضرائب على ما يأتيها من إيرادات. كما تشمل الامتيازات الضريبية المتبرعين للهيئات الوقفية ذات البر العام، وغيرها أيضاً من الهيئات المعفاة من

(١) وقد يكون النظام الإسلامي هو الوحيد والسابق في تقييدها في أضيق نطاق، وفي الحد منها ومحاربتها.

الضرائب، بحيث يحصل الواقف على مزايا ضريبية عديدة تتعلق بالضريبة على الدخل وعلى رؤوس الأموال، كالعقارات والآلات، وبالضريبة على التركات عند التبرع من خلال الوصية. يضاف إلى ذلك مزايا ضريبية عديدة أضفتها النظم الضريبية على أشكال عديدة مما يشابه بعض أشكال الوقف الأهلي أو الذري، يشمل بعض أنواع ما يسمى بإدارة الأموال بالأمانة Trusts أو Trust Funds. ولقد أدت هذه الإعفاءات الضريبية والأشكال القانونية المتعددة لإدارة الأموال الخاصة والعامة إلى نشوء مجموعة من المهن المتخصصة تتمحور حول انتقاء الشكل القانوني الأفضل لتحقيق الأهداف التبرعية الخيرية ذات البر العام/أو ذات النفع الأهلي أو الذري، مع الحصول على أكبر قدر من الإعفاء الضريبي لأن في ذلك إكثار للمال نفسه ومحافظة عليه من أن تأكله الضرائب.

٣ ـ التجديد المستمر في أدوات الاستثمار:

شهد الربع الأخير من القرن العشرين تطوراً عجيباً وسريعاً في أدوات الاستثمار وطرقه قد يزيد عما عرفه الناس خلال قرون عديدة. فمنذ أوائل السبعينات بدأت تظهر أشكال وأوعية استثمارية جديدة، وبدأ يكثر الجديد ويتزايد كل يوم. إن عمليات الابتكار والتجديد في عالم تكنولوجيا الاستثمار صارت فناً تخصص له البيوتات المالية الكبيرة الفنيين المتخصصين، وتجند له العلماء المتفرغين، حتى إنهم ليسمونها «منتجات» استثمارية أو مالية أو مصرفية. وشيوع وكثرة وتنوع هذه المنتجات أدى كله إلى تيسير اتخاذ قرار الاستثمار المالي لنُظّار أو متولي الأوقاف الخيرية والذرية على حد سواء، ولجميع أولئك الذين لا يرغبون بالدخول في ميادين مناطحة الأسواق ومقارعة عناصر الإنتاج الحقيقية ومطارحة المنتجات والسلع والخدمات، أو لا يملكون الخبرة والمعرفة والأدوات اللازمة لذلك.

كما شهد العقد الأول من القرن الواحد والعشرين ميلاد الصكوك، كأداة استثمار إسلامية بدأت بقرار مجمع الفقه الإسلامي في عام ٢٠٠٠ وتتابعت وتوالت حتى زادت حصيلة الصكوك الصادرة على المائة بليون

دولار. والصكوك ذات أنواع متعددة، كثير منها يمثل حصصاً في أصول ثابتة من عقارات وآلات مؤجرة بأجرة محددة مع ربطها بأشكال متعددة من انتقال ملكية الأصول إلى المستأجر، وكثير أخر يمثل منافع موقوتة بزمن محدد ينتهي بانقضائه وجود الصكوك نفسها وتنعدم قيمتها. كما أن منها ما يمثل ملكية حصص شائعة في مجموعة من أعيان وحقوق وديون ونقود تشبه بذلك الأسهم المعروفة في شركات المساهمة. وأخيراً فقلة من الصكوك يمثل حصصاً في ديون سلم أو مرابحة تستحق في آجال مضروبة معلومة.

هذه الابتكارات الجديدة في عالم أدوات الاستثمار وأوعيته أدت بدورها إلى ظهور صور جديدة من الأوقاف ما كان لها أن تقوم لولا وجود تلك الأشكال الاستثمارية الجديدة.

ثانياً ـ أهداف وقفية تفصيلية جديدة:

من الواضح أن أهداف الوقف هي وجوه البر والقربات. ومن الواضح أيضاً أن الشريعة الغراء قد أقرت، منذ عهد نبيها ﷺ، أن الصدقة على النفس والأهل والولد هي من أعمال البر. وهذا أمر لم تستطع التشريعات الغربية ـ وبخاصة الأمريكية ـ أن تدركه إلا في العقود المتأخرة من القرن الماضي[1].

الوقف الأهلي أو الذري هو من أعمال البر الاجتماعية، لأنه يهدف إلى رعاية الأهل والذرية. وهو من أعمال البر الاقتصادية أيضاً لأنه يهدف إلى الحفاظ على رأس المال والإبقاء على الأموال المتراكمة في أوعية استثمارية تحافظ على أصولها وتتيح استثمارها وتوزيع عوائدها وتؤكد على عدم إفنائها بالاستهلاك أو الإتلاف. فهي بهذا بر اقتصادي يتضمن المحافظة على ثروات الأمة وأصولها الثابتة الإنتاجية، وعلى استمرارية إنتاجها وعطائها.

---

(١) محمد الكبيسي، «مشروعية الوقف الأهلي ومدى المصلحة فيه»، ضمن وقائع ندوة الأوقاف في العالم العربي الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد ١٩٨٣، ص ٤٤.

فوجوه البر عديدة ومتنوعة يمكن تصنيفها حسب أهدافها إلى أبواب عدة من دينية وعلمية واجتماعية وصحية وغير ذلك. وليس هذا هو مقصود هذا الجزء من البحث. ولكننا نقصد الأهداف التي تحدد كيفية تنظيم الوقف وشكله القانوني، وبخاصة مع ملاحظة أوعية الاستثمار المعاصرة وما تقدمه من أغراض متعددة. وهذه الأهداف هي التي تتعلق بنيَّة الواقف ورغبته بشكل، ومدى، وكيفية تنظيم الإحسان، أو البر، الذي يرغب بتقديمه.

وهنا يمكن أن نميز بين الأهداف الخمسة التالية مع ملاحظة أن بعضها قد يتداخل - في التطبيق الواقعي - مع البعض الآخر، وبشكل أدق فإن هدف تخفيض الضريبة أو الإفادة من الإعفاءات الضريبية التي يوفرها القانون قد يسير جنباً إلى جنب مع جميع الأهداف الأخرى. وكذلك فإننا قد نجد في النماذج التطبيقية محاولة لتحقيق هدف التنمية، وهدف الكفاية، وهدف خفض الضريبة بوقت واحد معاً:

١ - هدف تنمية مال الوقف نفسه، ثم بعد ذلك توزيع إيراداته على وجوه البر:

وهنا يكون قصد الواقف تنمية مال الوقف أولاً حتى يبلغ مقداراً يظن فيه الواقف أن إيراداته - عندئذ - تسع الأغراض التي حددها له. قد يرغب الواقف بهذا لإدراكه أن ما يريده من أغراض لا يغني فيها المال الذي يوقفه إلا قليلاً. وهو يعتقد أنه لا بد أولاً من تنمية هذا المال وزيادته، حتى تستطيع إيراداته بعد فترة من الزمن الوفاء بالأغراض التي وضعها للوقف. ويتم ذلك بتخصيص إيراداته لتضم إلى رأس المال لبضع سنوات.

وقد يرغب الواقف أيضاً بالاستمرار في تنمية المال حتى بعد انقضاء الفترة الأولية بحيث لا يوزع جميع إيراداته الصافية على أغراض الوقف، بل يخصِّص جزءاً منها ليضاف إلى رأس مال الوقف، وعندئذ يوزَّع جزء فقط من مجموع الإيرادات. وهدف النماء هذا صار في عصرنا متيسراً لأنه صار من الممكن القيام بتقديرات علمية للنماء المتوقع في

كثير من أنواع الاستثمارات، وبخاصة ما كان منها بواسطة البنوك الإسلامية وصناديق الاستثمار التي تتوافق مع الأحكام الشرعية. يضاف إلى ذلك أن هدف النماء نفسه هو من أعمال البر الاقتصادية، لأن التنمية هي من البر، لما لها من منافع اقتصادية عامة للمجتمع على عمومه.

٢ ـ هدف تحقيق إيرادات معينة للموقوف عليه يعود بعدها المال مع إيراداته المستقبلية للواقف:

يتجسد هذا الهدف عندما يكون غرض الوقف من النوع الذي يحتاج إلى إيراد لفترة محددة من الزمن، لا يحتاج بعدها إلى ذلك العون. وهناك أحوال كثيرة من هذا النوع. منها مثلاً أيتام يكبرون، أو مسجد يحتاج إلى نفقات إدارته وصيانته وغير ذلك ريثما تتم عمارة أوقافه التي ستكفي غلالها للقيام بذلك، وغير ذلك من الأهداف الموقتة التي تزول بعد وقت معين. وهي كثيرة لا تحصى... فيرغب محسن في وقف يحقق هذا القدر من البر، وبعد انتهاء الحاجة إليه تعود الأموال الموقوفة إلى الواقف.

٣ ـ هدف تحقيق دفعات نقدية للموقوف عليهم لمدة معينة:

وهنا يكون هدف الواقف تأمين دفعات نقدية، متساوية في معظم الأحيان، وقد تكون متناقصة أو متزايدة، للموقوف عليه بحيث ينتهي الوقف بما فيه من رأس مال عند انتهاء زمن محدد. كأن يكون هدف الوقف رعاية أيتام حتى يكبروا، فيخصص الواقف لهم مبلغاً يستثمر، ويوزع رأس المال مع الإيرادات على دفعات متساوية لعدد من السنين يفنى في نهايتها مال الوقف، وتنقضي الحاجة إليه أيضاً. ولا يرغب الواقف باسترداد أي شيء عند نهاية مدة الوقف.

٤ ـ هدف الكفاية وتأمين الشيخوخة والورثة أو بعضهم:

وقد يكون هدف الوقف تأمين ورثة الواقف أو بعضهم، خوفاً عليهم من ضياع، مع تأمين دخل مناسب للقيام بحاجات الواقف في شيخوخته وعجزه عن الكسب. وهذا النوع من الوقف، قد لا يقصد له

البقاء الطويل، وقد يكون البر فيه هو كفاية نفسه عند عجزه وأرذل عمره، أو كفاية من يخاف عليهم الضياع، نحو زوج مع أولاد قليلي البر أو فقراء غير قادرين، أو أطفال صغار يحتاجون إلى رعاية، أو مريض أو معتوه يحتاج إلى دخل مستمر للعلاج ولوازم الحياة. وقد يضاف إلى ذلك، حب لوجوه البر العامة ورغبة في خصها بالباقي بعد حاجته وحاجة من يخاف ضياعه، اقتناعاً من الواقف أنه أحوج إلى ادخار حسناته عند الله تعالى، بجعل مآل الوقف إلى وجوه البر العامة من رد المال إلى ورثته. وقد يكون ذلك طاعة لنصح النبي ﷺ في الحديث المشهور: «أيكم مال وارثه أحب إليه من ماله؟» ثم قوله ﷺ: «مالُك ما أكلت فأفنيت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأبقيت». ومن خير ما يبقى الصدقة الجارية.

وينبغي أن نلاحظ أن جميع هذه الأهداف أو معظمها هي مما يتحقق من خلال الشروط الخاصة التي يتحدث الفقهاء عن حرية الواقف في تحديدها، وذلك دون غض النظر عن الخلافات المعروفة حول الوقف على النفس، أو اشتراط المنفعة للنفس، وحول جواز التوقيت في الوقف، وكذلك حول قضية الوقف على بعض الورثة دون بعض. ولكن كل هذه القضايا هي مسائل اجتهادية، للمصلحة فيها مجال كبير في التأثير على الحكم الشرعي. والمصلحة قائمة في تشجيع الوقف باعتباره وجهاً مهماً من وجوه البر.

٥ ـ هدف تحقيق أكبر قدر من التخفيض والإعفاء الضريبيين:

لاحظنا أن معظم الحكومات المعاصرة ـ إسلامية أو غير إسلامية ـ صارت تعتمد على الضرائب التي تجبيها من الناس كمصدر رئيسي لتمويل نشاطاتها وأجهزتها. ورأينا أن معظم الأنظمة الضريبية أقرت أهمية العطاء لوجوه البر وأهمية الأوقاف ذات النفع العام Public Foundations والأوقاف الأهلية أو الذرية التي تتخذ شكل وضع المال بالأمانة Trust، وعملت على تشجيعها من خلال تقديم تنازلات ضريبية سخية للواقفين، وللأموال الموقوفة على حد سواء. ونعتقد أن وجود الإعفاءات الضريبية وقصد الانتفاع بها لا يتعارض مع قصد البر في الأوقاف، ولعله لا

ينقص من الأجر شيئاً بإذن الله، لأن الإعفاء الضريبي هو جزء من البنية الضريبية، تتحقق من خلالها أهداف اجتماعية واقتصادية كثيراً ما تحرص عليها الحكومات. فإذا كانت الضريبة بقانون، فالإعفاء منها والتخفيض فيها هما أيضاً بقانون. وكل ذلك يعبر عن الاختيارات والأولويات الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع، وليس في قصد نوالها إلا تحقيق لتلك الأولويات. وبخاصة أننا نلاحظ في واقع الحال أن البلدان التي تجود قوانينها بهذا النوع من الإعفاءات، مثل الولايات المتحدة، يكثر فيها العطاء لوجوه البر، العام والأهلي معاً، في حين نرى عكس ذلك في البلدان التي لم تنمُ فيها الإعفاءات الضريبية.

* * *

المبحث الثالث

إن الظروف الاقتصادية والاجتماعية الجديدة والمتغيرة دائماً تنشأ عنها حاجات لا حصر لها. وتتنوع الصور الجديدة للوقف بتنوع هذه الحاجات التي يُطلب تلبيتها. وقد أوجدت المجتمعات المعاصرة حاجات عامة كثيرة من وجوه البر منها ما هو دائم بطبيعته ومنها ما هو غير دائم، إما بسبب طبيعة الحاجة التي يلبيها، وإما لأنه لا حاجة أو لا رغبة عند الواقف بديمومته. كما أن من هذه الأوقاف ما ينتهي بفناء مال الوقف نفسه كما سنرى، ومنها ما يعود فيه مال الوقف إلى الواقف بعد انقضاء المدة التي وقّت الوقف لها، ومنها ما يبقى وقفاً على سبيل التأبيد.

ومما ينبغي أن يذكر أن لمسائل الضرائب والإعفاءات منها أو التخفيضات فيها علاقة كبيرة بصور الأوقاف الحديثة. بحيث يخترع الناس من الصور الوقفية بقدر ما تجود به أذهان المخططين الماليين Financial Planners الذين يبتكرون دائماً صوراً جديدةً تتناسب مع البنية الضريبية في كل بلد. وسنعرض في هذا المبحث لبعض صور مستجدة للوقف في الأسهم والصكوك والحقوق والمنافع.

أولاً ـ وقف النقود:

عرف فقهاؤنا التراثيون وقف النقود، فمنهم من قال بجواز ذلك ومنهم من منع. ومدار خلافهم، هو إمكان استعمالها دون استهلاك عينها أم لا. فمنهم من أجاز وقف النقود لاتخاذها زينة قياساً على جواز تأجيرها لهذا الغرض على خلافٍ في ذلك[1]. ومنهم من قال بجواز وقفها لإقراضها، لأن ما يرد في القرض يقوم مقام ما استهلك من قبل

---

(١) المجموع، ج١٥، ص ٣٢٠ وما بعدها.

المقترض عند أخذ القرض[1]. ومنهم من قال بوقفها لتستثمر مضاربة، ثم يوزع ربحها على أغراض الوقف[2]. كل ذلك قد يعني أن الجديد في وقف النقود، وما يعبر عنه في العادة بوحدات النقود، ليس كثيراً. فقد أغنانا فقهاؤنا رحمهم الله عن كثرة الخوض في هذا الصنف من الأوقاف.

ولكن الحقيقة هي أكثر من ذلك، إذ يمكن أن توجد صور جديدة لوقف النقود وما هو في مقامها، بل إن بعضها قد وجد فعلاً فيما لدى الناس من أنواع المعاملات. وإن سبب ظهور الصور الجديدة إنما هو تطور أنماط جديدة من أساليب استثمار، وأشكال مؤسسية في النشاط الاقتصادي.

صور جديدة من وقف النقود:

فلقد أدى الواقع المعاصر في وسائل وأدوات الاستثمار إلى إمكان نشوء أشكال جديدة من وقف النقود. سنناقش منها وقف النقود في محافظ استثمارية، ووقف الإيراد النقدي ووقف الاحتياطي لدى شركات المساهمة.

١ ـ وقف النقود في محافظ استثمارية:

وأول هذه الصور وقف النقود في محافظ أو صناديق استثمارية. وهي تقوم أساساً على فكرة المضاربة نفسها أو على فكرة الوكالة (إجارة المدير) وكلاهما تحدث عنهما الفقهاء، مع ملاحظة أنه تقوم إدارة واحدة لأموال مجموعة من أرباب أموال عديدين، وهو أمر أشبعه بحثاً الفقهاء المعاصرون، من الذين اهتموا بالمعاملات المالية المعاصرة وبخاصة معاملات البنوك الإسلامية. فتكون النقود موقوفة عند الهيئة أو المؤسسة التي تستلمها مضاربة، أو عند المؤسسة التي تديرها إجارة، وما ينشأ عنها من أرباح هو الذي يوزع على جهات البر المقصودة بالوقف.

---

(١) الزرقا، ص ٤٨، وانظر كذلك حاشية ابن عابدين، ج٤. باب الوقف.

(٢) الزرقا، نفسه، وهو عند المالكية أيضاً، انظر: الحطاب والمعيار المعرب.

ويمكن أن يتخذ هذا الوقف واحدة من ثلاث صور فرعية؛ أولها: أن تنتدب هيئة وقفية نفسها لاستقبال الصدقات الجارية النقدية لتمويل إنشاء مشروع وقفي معين، نحو مصنع لديسكات الكمبيوتر، ثم إنفاق إيراداته على غرض وقفي معين، وليكن الإنفاق على دور للأيتام مثلاً. ويمكن أن تتعدد الأغراض فتشمل عدداً من وجوه البر معاً[1]. ويمكن أن تكون الهيئة الوقفية حكومية، أو شبه حكومية، أو أهلية. كما يمكن أن يفوض الواقفون الهيئة التي تستلم النقود باستثمارها في أي شكل تراه مناسباً، وبذلك فقد تتنوع المشاريع الوقفية الاستثمارية عند الهيئة. ويلاحظ أن هيئة الوقف في هذه الصورة تكون هي الناظر على الوقف، وهي بنفس الوقت المستثمر. ويحق لها في العادة أن تستثمر النقود بنفسها مباشرة، أو بصورة غير مباشرة عن طريق مؤسسات استثمارية متخصصة نحو البنوك الإسلامية والمؤسسات والصناديق الاستثمارية الأخرى، على أساس عقد المضاربة المعروف أو عقد الإجارة المعروف أيضاً. ومن الواضح أنه إذا استعملت النقود في تملك أصول عينية تتغير بذلك طبيعة الوقف من نقدية إلى عينية.

والصورة الفرعية الثانية لوقف النقود: تتم بأن يحدد الواقف نفسُه الجهة التي تُستثمر فيها النقود، فيكون الوقف لنقود مستثمرة بشكل وديعة استثمارية في بنك إسلامي معين، أو وحدات في صندوق استثمار مؤسس على طريقة الوحدات. وفي هذه الصورة يحدد الواقف ناظراً للوقف تكون مهمته تحصيل أرباح النقود الموقوفة وتوزيعها على الموقوف عليهم. كما يمكن أن يعطَى الناظرُ الحق بنقل مال الوقف من وعاء استثماري إلى آخر في نفس البنك الوديع (المضارب)، أو في جهة أخرى مشابهة. ولكن الناظر - في جميع الأحوال - ليس هو الذي يتخذ قرار استغلال النقود نفسها، إذ أن صلاحيته بالنسبة للاستثمار تقتصر على اختيار الجهة المستثمرة، إن كان له من صلاحية في هذا

---

(١) مثال ذلك ما تعرضه الهيئة الإسلامية العالمية للإغاثة التابعة لرابطة العالم الإسلامي في المملكة العربية السعودية باسم مشروع سنابل الخير.

الشأن على الإطلاق. ومن المعلوم أن الصناديق الاستثمارية بأنواعها لا تعمل كلها على أسلوب المضاربة. إذ أن أكثرها يعمل بأسلوب الإجارة فيكون المدير فيها أجيراً أو وكيلاً بأجر متعاقد عليه.

أما الصورة الفرعية الثالثة لوقف النقود: فهي مألوفة كثيراً في عالم اليوم، ويمارسها الكثيرون في إنشاء المشروعات الوقفية. وقد يرغب البعض في عدم تسميتها وقفاً للنقود، لأنها تتحول بالمآل إلى أعيان معمرة تخصص لأغراض وقفية عامة. والشكل البسيط لهذه الصورة الفرعية هو لجان جمع التبرعات لبناء وقف خيري. فعندما تحتاج مجموعة من المسلمين إلى وقف ما، كثيراً ما تشكل لجنة لجمع النقود تبرعات من المحسنين لبنائه. وكثير من المشروعات الوقفية من بناء مساجد ومستشفيات ودور أيتام وغيرها صارت اليوم مكلفة بحيث لا يستطيع في معظم الأحيان محسن واحد القيام بها. وللنقود المجموعة حكم الوقف منذ تاريخ جمعها من قبل لجنة المشروع. وآلية عمل اللجنة تتضمن في الحقيقة توكيلاً لها باستعمال هذه النقود في شراء الأرض وإنشاء البناء المطلوب وكل مرافقه، فهي بحكم هذه الوكالة تحول النقود - بعملها - إلى أعيان من خلال القيام بالأعمال الإنشائية.

أما الشكل المتطور لهذه الصورة فتعبر عنه الطروحات السودانية والكويتية في هذا المجال. فالهيئة العامة للأوقاف في السودان والأمانة العامة للأوقاف في الكويت أقامت مؤسسات أسمتها الأولى: «مشروعات وقفية» وأسمتها الثانية «صناديق وقفية». بحيث يقوم المشروع أو الصندوق باستدراج التبرعات الوقفية لمشروع معين، أو لغرض معين. ثم يستعمل النقود المحصلة التي تتحصل بهذه الطريقة في بناء الوقف الذي يتمثل به غرض المشروع أو الصندوق. فهناك مثلاً مشروع - أو صندوق - وقفي لمستشفى أو لمسجد، أو لناد للشباب. وقد يتخصص المشروع - أو الصندوق - الواحد ببناء المستشفيات، أو المساجد، أو النوادي في عموم القطر، فلا يكون لبناء واحد فقط بحيث يكون المشروع - أو الصندوق - دائماً مستمراً، يقوم بتغذية الغرض الوقفي الذي حدد له، ويتغذى هو نفسه بالنقود التي يوقفها المحسنون للمشروع أو الصندوق.

٢ - وقف الإيراد النقدي:

ومن صور وقف النقود أيضاً وقف إيراد نقدي، دون وقف أصله، أي: دون وقف العين التي ينشأ عنها الإيراد. ويمكن أن يكون لهذا النوع من وقف النقود في التطبيق صور عديدة لا حصر لها، ولكنها تدور حول محورين هما: وقف إيراد عين معمرة لفترة زمنية محددة. ومثاله أن يوقف شخص الإيراد، الإجمالي أو الصافي، الذي ينشأ عن استثمار عقار للأيام العشرة الأولى من المحرم من كل عام. أو أن يوقف محسن يملك موقفاً للسيارات، إيراد موقفه مما يدفعه أصحاب السيارات التي تقف فيه كل يوم جمعة، أو أن يوقف صاحب حديقة حيوانات إيرادها لمدة شهر معين في كل سنة.

ويمكن لوقف الإيراد هذا أن يكون موقوتاً أو مؤبداً. ولا شك أن معنى الوقف لا يتحقق إلا بالتكرار، لأنه هو المعنى الذي تتضمنه «الصدقة الجارية» فلو تبرع شخص بإيراد متجره لشهر المحرم ١٤٣٠هـ، وكان يحسب إيراداته شهرياً فليس هذا وقفاً، بل هو صدقة عادية، تنقضي بدفعها عند نهاية الشهر. أما لو حبَّس إيراد شهر المحرم من كل عام لمدة عشر سنوات أو على سبيل التأبيد، فإنه ينشئ بذلك وقفاً إيرادياً نقدياً. ومثل ذلك لو وقف إيراد يوم واحد كل سنة لأي عدد من السنوات فهو وقف، أما لو تصدق بإيراد يوم واحد دون تكرار فهو صدقة عادية ليس فيها معنى الجريان. ومثل ذلك وقف حصة محسوبة بنسبة مئوية، كل سنة، من الإيرادات النقدية، الإجمالية أو الصافية، لهيئة أو مؤسسة استثمارية، لغرض من أغراض البر، غير الزكاة المفروضة التي لا بد أن توزع في مصارفها الشرعية.

وقد تتوجه إرادة الواقف لجعل الوقف في وجه من وجوه البر العامة، أو أن يكون لصالح أشخاص بأعيانهم وذريتاتهم، أو بأوصافهم حتى لا يكون الوقف منقطعاً بانقراض الموقوف عليه.

والحقيقة أن حساب احتياطي مخاطر الاستثمار في البنوك الإسلامية هو قريب جداً من هذا النوع من الوقف. وهو لا يختلف عن الوقف

الذي نتحدث عنه إذا اعتبرنا الوقف موقتاً بانتهاء وجود البنك نفسه، وذلك لأن النصوص المألوفة في عقد تأسيس البنك، في أمر هذا الحساب، أن يُجعل رصيده المتبقي في مثل مصارف الزكاة عند انعدام البنك الإسلامي. . . أما إذا أردنا أن يكون الوقف فيه مؤبداً فينبغي أن نضيف إليه موقوفاً عليه لا ينقطع، كأن ينص أنه عند انعدام البنك يبقى أصل المال المتراكم في هذا الحساب ليستثمر في عقار أو مضاربة أو غير ذلك وتكون غلاته أو أرباحه في الفقراء والمساكين مثلاً.

ولا ينبغي أن يغيب عن البال أن إرادة الواقف قد تتوجه إلى معنى الوقف، لما يتضمنه من صدقة جارية، عمر المال أو المشروع الاستثماري الذي يخصِّص جزء من إيراده وقفاً. وهو قد يرغب فعلاً أن يلزم نفسه وورثته بذلك، دون أن يخرج العين نفسها أو المشروع الاستثماري نفسه من ملكه ومن كونه ميراثاً يورث بعد موته.

وقد ترد في هذه الحالة مسألة الوصية بالإيراد أو الغلة أو الربح وقفاً. وهي مسألة جديرة بالنظر الفقهي. إذ لا خلاف بحق المتبرع بتجاوز الثلث فيما ينشأ من إيرادات دورية كل عام خلال حياته لأن ذلك تصرف من مالك في ملكه، ليس للورثة فيه أي حق. فهل له مثل ذلك بعد موته طالما أن نيته وصيغة الوقف نفسها توجهتا إلى أن ذلك وقف وليس وصية؟ أم أنه عند الموت يصبح من نوع الوصية بالمنفعة، فيتحدد بما لا يتجاوز الثلث كما قال المالكية والشافعية؟ وإن كان لا بد من حساب الثلث فكيف يكون تقدير هذه الإيرادات المستقبلية؟ أيكون ذلك بتقويمها على طريقة حساب القيمة الحالية بتاريخ الوفاة حتى تمكن مقارنتها مع باقي التركة؟ ولا بأس أن تكون الفتوى في ذلك على حدود الثلث عند موت الواقف، إذا تبين أن ذلك هو الأولى والأرجح فقهاً وشرعاً، فالثلث كثير كما قال المصطفى عليه صلوات الله تعالى وسلامه وبركاته. ولهذا النوع من الوقف أيضاً مزايا قانونية وضريبية لا تخفى.

٣ ـ وقف احتياطي شركات المساهمة:

ومن الصور التي تنزل منزلة الوقف النقدي كما ذكرنا سابقاً وقف

الاحتياطي في شركات المساهمة. وقد ذكرنا فيما سبق أن شركات المساهمة هي نموذج تنظيمي جديد نشأ في الغرب وتطور خلال القرن الغريغوري التاسع عشر بشكل خاص، وأن هذا النموذج في تنظيم النشاط الاقتصادي يقوم على أساس مفهوم المؤسسة التي تتمتع من جملة ما تتمتع به بمزايا الشخصية الاعتبارية، والمسؤولية المحدودة، وإمكان تجاوز عمر المؤسسة لأعمار مؤسسيها/أو مالكيها بما في ذلك تأبيدها.

وقد رأينا أن هذه المزايا مهمة وأساسية في نجاح هذه الشركات. وبسبب هذه المزايا القانونية ولكثرة ارتباط شركات المساهمة ـ في العادة ـ بالمصالح العامة وبالكثير من الناس، سواء ما تعلق بتكوين رأس مالها وتجميعه من عدد كبير من الأفراد، أو ضخامة مشاريعها وعلاقاتها الوثيقة بالمصالح الوطنية العامة، أو كثرة عدد عمالها، فإن القوانين تتدخل كثيراً في تنظيم هذه الشركات وكثير من أعمالها. فمفهوم المؤسسة نفسه هو شيء اخترعه أو أوجده القانون.

ومن أشكال تدخل القوانين في شركات المساهمة إلزامها بتكوين احتياطي عام عن طريق حجز جزء من أرباحها سنوياً لتغذية هذا الاحتياطي الإلزامي أو القانوني. والهدف الأول من هذا الإلزام هو تقوية المركز المالي لشركة المساهمة، وبخاصة تجاه دائنيها، لتحسين قدرتها على الوفاء بالتزاماتها أخذاً بعين الاعتبار لمسؤوليتها المحدودة.

وإننا لنرى بأن موضوع المسؤولية المحدودة موضوع مهم. وهو أمر لم يرد في الفقه الإسلامي التراثي. وقد أقره مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السابعة المنعقدة بجدة ٧ ـ ١٤١٢/١١/١٢هـ (٩ ـ ١٤ مايو ١٩٩٢) بقوله: «لا مانع شرعاً من إنشاء شركة مساهمة ذات مسؤولية محدودة برأسمالها، لأن ذلك معلوم للمتعاملين مع الشركة، وبحصول العلم ينتفي الغرر عمن يتعامل مع الشركة». (القرار رقم ٦٥/١/٧). وإن إقرار مبدأ المسؤولية المحدودة لا يتعارض أبداً مع مبدأ تكوين احتياطي للقيام بأعباء هذه المسؤولية، وبخاصة أن طبيعة مفهوم المؤسسة Corporation يشبه مفهوم الوقف، من حيث أن المؤسسة هي أموال (ثابتة ومتداولة) مرصودة لأغراض معينة

(إنتاج سلعة ما مثلاً كالبترول) لا تتأثر بحياة مالكيها وتتمتع بشخصية قانونية وذمة مالية مستقلة وخاصة بها.

لذلك نرى أنه بما أن المؤسسة Corporation هي نفسها من صنع القانون، الذي منحها مزايا عديدة حتى إن دائرة المعارف الأمريكية لتقول بأن «المؤسسة تستمد وجودها وقوتها ومميزاتها من شيء واحد فقط هو ما تمنحه لها السلطة السيادية للحكومة»[١]، فإن من حق المجتمع عليها - في مقابل ذلك - أن تحتجز المؤسسة جزءاً من أرباحها وقفاً لصالح دائنيها - عند الحاجة - ولصالح البيئة الاجتماعية والطبيعية التي تعمل الشركة من خلالها، ولترميم ما يمكن أن تحدثه فيهما من آثار ضارة نتيجة نشاطها الاستثماري.

ونعتقد أن هذا الوقف ينبغي أن يشمل كل، احتياطيها الإلزامي القانوني، أو جزءا كبيراً منه على الأقل. فيعتبر هذا المال وقفاً، بتعديل في النصوص القانونية ذات العلاقة، موضوعاً تحت يد إدارة الشركة نفسها، بصفتها ناظراً عليه، يتراكم بالطريقة التي اقترحتها القوانين، وهي الاقتطاع السنوي لنسبة من الأرباح. أما ما يستحق لهذا الاحتياطي من أرباح فيحسب بنسبة مساهمة الاحتياطي في مجموع الأموال المستثمرة لدى الشركة، باعتبار أنه مال موضوع عندها مضاربة. ويصرف الربح سنوياً في وجوه البر التي يحددها القانون. وأما أصل مال الاحتياطي وما يتراكم فوقه كل سنة فيبقى لمساعدة الشركة في القيام بمسؤوليتها تجاه الدائنين في حالة تصفية أموالها تصفية الغرماء.

وهذا النوع من الوقف، يتمثل ولا شك بجزء من الموجودات الثابتة والمتداولة، شأنه في ذلك شأن أي مال مضاربة، ولكنه ينظر إليه في العادة تحت عنوان الاحتياطي الإلزامي في جانب الخصوم من الميزانية، فهو يدخل بهذا المعنى فقط ضمن الأوقاف النقدية.

---

(١) Encyclopedia Americana. V 8. p. 3.

ثانياً ـ وقف الأموال مختلطة ووقف الأسهم والصكوك:

وقف مجموعة من الأموال العينية، والحقوق المالية المتقومة، والمنافع، والنقود معاً، أمر حديث لم يكن مألوفاً في الماضي. وقد تأثر ظهور هذا النوع من الوقف بشكل كبير بتطور ونضج مفهوم المؤسسة Corporation، وبخاصة ديمومتها وعدم ارتباطها بحياة مؤسسيها أو مالكيها. فمع وجود مفهوم المؤسسة، لم تعد هنالك حاجة لاقتصار الوقف على نوع واحد من الأموال لتوفر وجود شخصية معنوية أو قانونية تمتلك عملاً أو مشروعاً استثمارياً بكل ما له من أعيان وحقوق وديون ونقود صافياً مما عليه من التزامات نحو الغير. فيكفي إذن وقف أو تحبيس هذه المؤسسة نفسها، أو إنشاء مؤسسة لجمع أشكال متعددة من الثروة، ليتم تحبيسها معاً كوحدة متميزة، أو ضم مجموعة من ذلك كله إلى مؤسسة وقفية قائمة.

وبناءً على ما تقدم، يتميز أربعة أنواع من الصور الجديدة من الوقف نذكرها فيما يلي:

١ ـ وقف عمل استثماري بأكمله Business أو أعمال استثمارية بمجموعها:

وهو يعني وقف مؤسسة بجميع مالها من أموال وما عليها من التزامات. وهذا النوع من الوقف مألوف في بعض البلدان الغربية. وهو كثيراً ما يتم من خلال الوصية. فيتم عن طريق الوصية تحويل المؤسسة إلى وقف، أو ضمها إلى وقف قائم موجود. ولكن ذلك لا يمنع إنشاء الوقف في حياة الواقف أيضاً، دون أن يكون له أية علاقة بوصيته. ويمكن لهذا الوقف أن يكون لوجه من وجوه البر العامة فيتخذ شكل ما يسمى Foundation في القانون الأمريكي. كما يمكن له أن يكون لصالح ذرية الواقف أو ورثته أو بعضهم، أو لصالح أشخاص بأعيانهم، فيتخذ عندئذ شكل أمانة وقفية Trust[١].

---

(١) سنتحدث عن الأمانة الوقفية Trust في النظام الأمريكي تحت عنوان أنواع الوقف من حيث أهدافه في الفقرة التالية.

وقد يختلط وجه البر العام مع الهدف الأهلي فتكون المؤسسة وقفاً مؤقتاً، موضوعة تحت تصرف مؤسسة وقفية خيرية عامة، لتأخذ عوائدها فتستعملها في وجوه البر العام، ثم يعود أصل المؤسسة بعد فترة زمنية معينة للواقف أو ورثته، باعتبار أصلها قد وضع أمانة Trust(١)، بيد المؤسسة الوقفية الخيرية العامة Foundation(٢).

ومن الواضح إذن أن هذا النوع من الوقف يمكن أن يكون مؤبداً أو مؤقتاً، طالما سمحت طبيعة الأموال (والحقوق والمنافع والنقود) الموقوفة بذلك وتوجهت إليه إرادة الواقف.

٢ ـ وقف مجموع أملاك الواقف:

وهذا يشبه وقف عمل أو أعمال استثمارية. وقد يتم عن طريق إنشاء مؤسسة تتملك كل أملاك الواقف ثم تحبيس تلك المؤسسة، أو عن طريق إقامة أمانة وقفية Trust ثم تحويل أملاك الواقف إليها. وقد يتم هذا النوع من الوقف بتحويل أموال الواقف إلى وقف خيري عام موجود، أو إلى وقف ذري موجود فعلاً. ويمكن هنا أيضاً أن يكون الوقف مؤبداً أو موقوتاً، حسبما تتوجه إليه إرادة الواقف.

٣ ـ وقف الأسهم وصكوك المضاربة والمشاركة:

الأسهم حصص متساوية في ملكية شركات المساهمة تعطي مالكها الحق في التصويت في اجتماعات الجمعية العامة التي هي السلطة النهائية بالمآل في إدارة الشركة والتصرف بأموالها كما تعطيه الحق بالأرباح وبنصيب أسهمه النسبي في صافي أموال الشركة عند التصفية. وقد استقر رأي مجمع الفقه الإسلامي على أنها تتمثل بما تتألف منه الشركة من أموال عينية وديون وحقوق ونقود محسوماً منها ما عليها من ديون والتزامات. فهي بهذا المعنى ملكية لأموال وحقوق مختلطة. ومثل الأسهم

---

(١) انظر المعنى الوقفي الأهلي للأمانة Trust في: Encyclopedia Americana, V,27.

(٢) انظر: في معنى الوقف لوجوه البر العامة Foundation في: Encyclopedia Americana, V. 11.

صكوك المشاركة والمضاربة من حيث كونها تتمثل بملكية حصص متساوية في أموال مختلطة. غير أن الأسهم تصدر في العادة دائمة في حين جرى العرف (وهو مقتضى نص معيار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية) على توقيت الصكوك.

فوقف الأسهم إنما هو وقف لما يمثله السهم. وهو يثير مسائل تحتاج إلى ملاحظة نعرضها فيما يلي:

أ. حكم وقف المشاع، وهو الجواز فقد ورد المشاع في الوقف من خلال الوصية وغيرها.

ب. شروط الواقف من حيث ما يوزع على الموقوف عليهم، فلو شرط الواقف توزيع الزيادات على رأسمال الوقف قد يصعب تنفيذ هذا الشرط بالنسبة للزيادة الرأسمالية (ارتفاع أسعار الأسهم) الناتجة عن زيادة الطلب على أسهم الشركة الموقوف أسهمها. ذلك لأن ما تم وقفه هو في الحقيقة حصة من تلك الأموال المختلطة وليس مبلغاً من المال هو ثمن الأسهم الموقوفة يوم وقفها أما لو شرط توزيع ما يوزع من أرباح فلا حرج ولا صعولة في تنفيذ هذا الشرط.

ج. التغير في بنية/تركيب موجودات الشركة وخصومها وفي عدد الأسهم المصدرة، وهو من الناحية الحَرْفية يعني تغيراً في أصل المال الموقوف، فهل يثير ذلك أي تساؤل بالنسبة للوقف؟ في اعتقادنا أن ذلك لا يثير أية مشكلة فقهية لأن أحكام الوقف التفصيلية منوطة بإرادة الواقف وقد اتجهت إرادة الواقف إلى مال خاضع بطبيعته لهذه التغيرات. فهي مثل التغير في خصوبة الأرض أو انتقال استعمالها من زراعة لبناء أو صناعة وهو ما عاينته معظم الأراضي الموقوفة في كل البلاد الإسلامية.

د. تنوع حكم الأسهم من حيث تملكها والتصرف بها حسب نشاط الشركة، وهو أمر معروف قد تحدثت عنه قرارات مجمع الفقه ومعايير هيئة المحاسبة والمراجعة. والذي أراه جديراً بالطرح هو أن ما يباح تملكه من أسهم بشروطه يباح وقفه بنفس الشروط. فلو قلنا بإباحة تملك أسهم الشركات الملتزمة بأحكام الشريعة والشركات التي يكون مجال

نشاطها الرئيسي مباحاً ولا تزيد مخالفاتها عن نسبة معينة مع شرط التطهير لكان القول بجواز وقف أسهم هذين النوعين من الشركات من باب أولى لأن الوقف من أعمال البر التي يغض النظر فيها عما لا يغض في المعاوضات.

٤ ـ وقف الصكوك التي تمثل حصصاً متساوية في أعيان مؤجرة ومرتبطة بنفس الوقت بشكل من أشكال انتقال الملكية إلى المستأجر على مدى سنوات عدة. وهو أمر ينطبق عليه ما ينطبق على وقف المشاغ الموقت الذي لا نجد في الشريعة ما يمنعه أو يقيده. فهو في حقيقته وقف للعين والمنفعة معاً حيث يقصد منه حبس كل من إيرادات الإجارة وتوزيعات بدل انتقال الملكية معاً على أغراض الوقف الموقوف عليها. ولكننا نلاحظ في هذا النوع من الوقف أن عينه تنعدم بانقضاء مدته بحيث تنتقل العين إلى مالك هو الذي كان مستأجراً. فهو من نوع الوقف الموقت الذي لا نجد في الشريعة سبباً لمنعه.

ثالثاً ـ وقف الحقوق والمنافع:

وهي أوقاف يكون الموقوف فيها حقاً متقوماً أو منفعة مملوكة لغير مالك العين، كما في الإجارة، والوصية بالمنفعة منفصلة عن العين. وهناك صور متعددة لوقف الحقوق والمنافع نذكر فيما يلي أهمها:

١ ـ وقف الحقوق المعنوية:

ولعل من أهم الصور الجديدة للحقوق التي يمكن وقفها هو حق استغلال الأملاك المعنوية. ومن أهم هذه الأملاك المعنوية حق التأليف[١]، وحق الابتكار، وحق الاسم التجاري. ويكون تحبيس حق

---

(١) إن حق التأليف نفسه، وحق الابتكار مثله، ليس حقاً مالياً، لأنه غير قابل للتحويل من شخص إلى آخر، لحرمة ذلك لأنه كذب، فهو بالتالي غير متقوم، لأن التقويم لا يكون إلا بين أشخاص متعددين، أي: هو ما يقصد إلى التعرف على ما يسمى بالقيمة التبادلية Exchange Value. أما حق استغلال المؤلَّف أو المبتكَر فهو حق آخر يملكه صاحب التأليف أو صاحب الابتكار. وهو حق قابل للتقويم لأنه قابل للتداول.

استغلال الملك المعنوي بتصريح المؤلف أو المبتكر بذلك، كما نجده في مقدمات كثير من الكتب. حيث يصرح المؤلف أنه «يترك حق نشر كتابه أو أي جزء منه صدقه لله تعالى». فإن ذلك النص يعني أن الواقف يبيح لأي شخص أن ينتفع من ذلك الكتاب ـ ولو بنشره وتوزيعه ـ شريطة أن لا يحصل من ذلك على أي ربح، أو أن أي ربح يحصِّله، ينبغي أن يتصدق به نيابة عن الواقف. لأن هذا هو معنى الصدقة لله تعالى. ويمكن كذلك أن تُحمل عبارة الواقف على أنه إنما يحبس حقه كمؤلِّف، فتنصرف الصدقة لله تعالى إلى إيراد هذا الحق، وهو ما يتحدد في السوق من ثمن لهذا الحق لطبعة واحدة، أو أكثر، أو لجميع الطبعات، حسبما هو مألوف في بلد المؤلف أو الناشر أو كليهما. وبهذا التفسير لشرط الواقف يمكن للناشر الاسترباح بنشر الكتاب شريطة أن يتصدق بغلة حق المؤلف في وجوه الخير العامة أو بما حدده المؤلف من وجوه خير، إن كان قد حدد شيئاً منها بالوصف.

أما إذا نص الواقف على أنه «يسمح لأي ناشر أن ينشر كتابه وأن يتكسب بعمله هذا وأن المؤلف يسامح الناشر بأية حقوق تستحق له»، وهو نص غير مألوف في العادة، فإن مثل هذا الشرط فقط هو الذي يبيح حق التكسب لأي شخص من نشر هذا الكتاب.

كما أننا نرى أن جميع الكتب التي ألفت قبل شيوع أشكال جديدة من الاستغلال للأملاك المعنوية، لم تكن شائعة عند ظهور هذه الكتب، نحو التحويل إلى فيلم سينمائي أو ديسكات كمبيوتر أو أي شكل آخر من أشكال الاستغلال، وأشار مؤلفوها إلى تحبيس حق النشر، دون ذكر أشكال الاستغلال الأخرى، فإن الوقف يطول أشكال الاستغلال الأخرى أيضاً، ولا يقتصر على النشر من دونها، لأن هذه الأشكال داخلة في معنى التحبيس وإن لم تكن معلومة الإمكان عند نشوء الوقف.

ونرى أنه ينبغي على إدارات الأوقاف في البلدان الإسلامية التي نشأت فيها هذه الأوقاف المعنوية أن تعنى برصدها، وتسجيلها، وحمايتها ممن قد يعتدون عليها، وتحصيل حقوق الأمة (أو حقوق الموقوف عليهم) من الناشرين الذين ينشرونها ويحمِّلون المستهلك أكثر

من كلفتها، إلا إذا توجهت أرادة الواقف إلى السماح بذلك، وهو ما يندر في العادة كما ذكرنا.

٢ ـ وقف الحقوق المعنوية التراثية:

ومثل حق استغلال الأملاك المعنوية المعاصرة، حق استغلال الأملاك المعنوية التراثية. وهذا أمر يحتاج إلى شيء من التفصيل. فكتّاب التراث الفقهي وغيرِه، كثير منهم قد صرح في مقدمة مؤلَّفه أنه يضع ذلك بين يدي طلاب العلم ابتغاء وجه الله، بل منهم من صرح بمعنى التحبيس، وإن كان الأغلب أن ذهنه (أو ذهن مالك النسخة المخطوطة عن نسخة المؤلَّف التي ذكر فيها التحبيس) قد انصرف إلى نسخة معينة بين دفتين وليس إلى الحق أو الملك المعنوي نفسه، لأن نظرية الحقوق المعنوية المتقوَّمة لم تكن معروفة في ذلك الوقت. فلم يُعرف أبداً أن أخذ مؤلفٌ عوضاً عن السماح باستنساخ نسخة من كتابه. كما أن كثيراً من المؤلفين ـ ممن لم يصرح بمعنى الوقف ـ قد لمح إليه واتجهت نيته إليه؛ وذلك يتبين من الفتاوى الكثيرة بعدم جواز أخذ ثمن للفتوى، أو ثمن للعلم مما هو معروف ومنتشر في كتب الفقه.

ولا شك أن حركة نشر التراث التي بدأت منذ حوالي قرن من الزمان، وما تزال في نهضتها، حركة طيبة ومباركة، وأنها أعادت صلة الأمة بتراثها وماضيها. ولا شك أن الناشرين والمحققين قد قاموا بجهود مشكورة ومفيدة في هذا السبيل. وهي جهود متقومة مشكورة يستحقون عليها العوض، أجراً أو ربحاً بحسب الحال. ولكنه في جميع الأحوال فإن حقوق المؤلفين الأصليين، قلت أو كثرت، من كل كمية تطبع من الكتاب المحقق ينبغي أن توجه إلى حيث انصرفت إراداتهم الوقفية، الصريحة أحياناً أو الضمنية أحياناً أخرى.

والأغراض الوقفية التي قصدها المؤلفون هي أن تكون كتبهم ميسرة للعلماء والمتعلمين. وينبغي أن يقدر ذلك دون أي افتئات على حق المحقق والناشر مقابل ما قاما به من جهد، ودون تفريط بحق الأمة

وبخاصة المكتبات العامة والجامعات والمدارس والمساجد وغيرها من المراكز العلمية والعلماء والمتعلمين مما يدخل بعمومه في قصد الواقف التراثي فكل بقيمته، ولكل بحسب نصيبه من مبيعات الكتاب التراثي المنشور. ونرى هنا أيضاً أنه ينبغي لوزارات الأوقاف في البلاد الإسلامية أن تحافظ على أوقاف الأمة في هذه الحقوق المعنوية وتصونها. بل قد تكون هذه أولى بالصيانة والمحافظة عليها من حقوق استغلال الأملاك المعنوية الموقوفة التي أوقفها من لا يزالون على قيد الحياة مما لاحظنا في الفقرة السابقة. ومن الواضح في هذه الأوقاف أنها على سبيل التأبيد كما تدل صيغة الوقف بنصها في كثير من الأحيان، أو بمضمونها ومحتواها مع معرفة رأي المؤلف التراثي بمسألة تيسير كتب العلم للمتعلم والعالم.

٣ ـ وقف حق الطريق:

ومن الحقوق التي ينبغي أن تكون قابلة للوقف حق الطريق. ومثله حق عبور جسر مثلاً وهو حق ارتفاق. فمن المعروف أن حق الطريق حق مالي قابل للتقويم والمعاوضة. ولقد ورد في الفقه التراثي وقف حق الطريق للمسجد والمقبرة. ويمكن أن يتخذ وقف حق الطريق في عصرنا إحدى صورتين:

الصورة الأولى: أن ينشئ مالك عقار حق طريق في عقاره، وهو حق جديد لم يكن موجوداً من قبل. كأن يوجد في منطقته مسجد له طريقه الخاص به. ولكن صاحب أرض ملاصقة للمسجد يرغب أن ينشئ حق ارتفاق في أرضه يكون طريقاً أقرب لهذا المسجد، ولا يريد أن يوقف عين أرض الطريق، ويرغب أن يلزم نفسه وورثته بهذا الحق بحيث لا يستطيع أحد أن يلغيه بعد موته مثلاً. وحق الطريق هذا لا يمنع المالك من التصرف بملكه كل أشكال التصرفات مع المحافظة على الحق لأصحابه (وهم العابرون إلى المسجد). فيمكن مثلاً أن يقيم بناءً عظيماً ويجعل ضمنه ممراً إلى المسجد.

والصورة الثانية: أن يكون حق الطريق مملوكاً لشخص غير مالك

الأرض فيرغب في ثواب وقفه في وجه من وجوه البر، نحو عبور أطفال إلى مدرسة يختصر فيه عليهم طريقاً بعيداً.

وفي كلتا الصورتين يمكن أن يكون الوقف مؤبداً أو موقتاً. ويكون التوقيت إما بزمن محدد، سنة أو عشر سنوات، أو معلقاً على واقعة آيلة للحدوث. كأن يكون وقف حق الطريق للمسجد إلى أن تفتح البلدية الشوارع المحيطة، فيُستغنى عن ذلك المعبر.

ويتفرع على هاتين الصورتين صور عديدة أخرى تأخذ بعين الاعتبار وقائع مستجدة في حق الطريق أو حق العبور. ففي كثير من البلدان توجد اليوم طرق وجسور مملوكة لشركات خاصة، وأحياناً لبلديات أو لحكومات. ويكون العبور عليها بثمن محدد. فيمكن للشركة المالكة أن توقف حق العبور هذا أو جزءاً منه لوجوه البر.

ويمكن أن يتخذ هذا الوقف صوراً فرعية عديدة نذكر منها: العبور مجاناً لجميع السيارات الذاهبة إلى مكان معين، نحو مسجد مثلاً. والعبور مجاناً لسيارات الإسعاف والإطفاء وسيارات دور العجزة ودور الأيتام وغيرها من سيارات الخدمة العامة الطارئة. والعبور مجاناً لبعض العابرين كالمسنين والمعاقين. والعبور مجاناً في ساعات معينة، نحو ساعة ما قبل صلاة الجمعة وساعة ما بعدها مثلاً. ومثل وقف العبور المجاني، وقف العبور بثمن مخفض. وكل ذلك يمكن أيضاً أن يكون دائماً أو موقتاً، وبخاصة أن بعض هذه الملكيات نفسها (الطريق والجسر) كثيراً ما تكون في نفسها ذات طبيعة موقتة ـ تؤول الملكية فيها للحكومة أو البلدية بعد فترة من الزمن ـ هي سنوات الامتياز الذي تحصل عليه الشركة التي بَنَتْ الطريق أو الجسر. وكثيراً ما يلغى رسم العبور أصلاً بعد تملك الحكومة للطريق أو الجسر.

ولماذا لا تعامل جميع هذه الصور معاملة الوقف، طالما أن المتصدق يرغب بجعلها كذلك؟ فهو يرغب أن يجعلها وقفاً يقيد المالكين اللاحقين، من ورثة أو غيرهم، بحق الارتفاق الموقوف هذا، مؤبداً أو إلى مدته، وأن يستفيد أيضاً مما يمكن أن يكون للوقف من مزايا قانونية وضريبية بقدر ما يقدمه لوجوه البر العامة.

٤ ـ وقف الخدمات:

ومما يشبه حق الطريق، الحق بمنفعة أو خدمة معينة. مثل وقف خدمة معينة لأشخاص بأعيانهم أو بأوصافهم على سبيل التأبيد أو التوقيت. ويمكن أن يتخذ وقف الخدمة هذا صوراً عديدة نذكر منها ما يلي:

وقف خدمة نقل أو شحن المصاحف والكتب العلمية مجاناً إلى المساجد والمكتبات. ويمكن أن يقدم هذه الخدمة أي ناقل، نحو شركات الطيران، والسكك الحديدية، والخطوط البحرية، ومؤسسات النقل البري، ومؤسسات البريد، سواء أكان الناقل في القطاع الخاص فيكون فعله وقفاً عادياً، أم في القطاع العام فيكون فعله نوعاً من الإرصاد.

وقف خدمة نقل الأشخاص وهو مثل وقف خدمة نقل الأشياء، ويمكن أن يكون ذلك لأشخاص يحدَّدون بأوصافهم كالشيوخ، والمعاقين، والحوامل...

وقف خدمة مجانية بدخول بعض الأمكنة الترفيهية التي يكون دخولها عادة مأجوراً، لأشخاص يعرفون بأوصافهم أيضاً. مثال ذلك وقف خدمة دخول حدائق الحيوان، ودور الألعاب الترفيهية، ودور السينما مجاناً للزَّمنى، أو المعاقين، أو الأطفال، أو اليتامى، أو غير ذلك حسبما يشترطه الواقف.

ويشبه وقف الخدمة أيضاً وقف الاشتراك بالنوادي الرياضية والترفيهية. ووقف الاشتراك بالنادي يمكن أن يكون مؤقتاً أو دائماً مؤبداً حياة المستفيد أو قد يورث عنه. كما يمكن تحديد الموقوف له بصفته فيكون لعشرة تلاميذ في مدرسة معينة، أو لعشرة أطفال في ميتم معين مثلاً. وبذلك يمكن أن يكون هذا الوقف ذرياً أو خيرياً حسبما يحدده الواقف من شروط.

٥ ـ وقف حقوق ارتفاق أخرى:

وهناك حقوق ارتفاق أخرى تشبه حق الطريق يمكن أيضاً وقفها. منها مثلاً وقف حق استعمال أرض كمصلى لصلاة العيد لمدة ساعتين مثلاً في كل من صلاتي الفطر والأضحى. فهذه الأرض لا يحتاجها المصلون إلا لهذه الساعات القليلة في العام كله. فيحبس مالكها حق الارتفاق هذا بقدر الحاجة إليه دون أن يحبس رقبة الأرض ولا حق استعمالها في الأوقات الأخرى، ودون أن يحرم ورثته من التسلط على ما يمتلكون بالإرث، مع مراعاة حق الموقوف عليهم فيها. فتكون للأرض استعمالات أخرى في الأوقات الأخرى لا تتعارض مع كونها مصلى العيد، كأن يستغلوها موقفاً للسيارات، أو مكاناً للمعارض التجارية، أو ملاعب لكرة القدم، أو حتى يقيمون عليها ناطحات السحاب، ويتركون أحد أدوارها، أو أكثر، قاعة كبيرة لتنفيذ شرط الواقف بحق الارتفاق هذا.

ويمكن لهذا الوقف أن يكون مؤبداً أو مؤقتاً حسب إرادة الواقف. ثم قد تنقضي الحاجة إليه ويوجد بديل عنه بعد سنوات مثلاً، فيكون التوقيت بمدى الحاجة، إذا نص على ذلك الواقف ضمن شروطه.

ويشبه حق الصلاة في مصلى العيد تحبيس حق وقوف السيارات في مكان معين لأغراض معينة. فيمكن مثلاً لمالك موقف للسيارات، سواء أكان أرضياً أم في طبقات معمَّرة ضمن عمارة، أن يحبس حق إيقاف سيارات المصلين في مسجد قريب يوم الجمعة لمدة ساعتين، أو حق إيقاف سيارات محددة بأوصافها أو أوصاف سائقيها أو مالكيها، أو ركابها. ويمكن أن يكون هذا الوقف مؤبداً أو مؤقتاً بزمن يحدده الواقف للسنة والسنتين، أو يتحدد بواقعة معينة، نحو توفر موقف محبّسةٌ أرضه لمصلى المسجد، أو فتح شارع، أو انهدام عمارة. . . إلخ.

٦ ـ وقف منافع:

وهناك أيضاً وقف المنافع. وقد رأينا جواز الوصية بالمنافع وأنها تحسب من الثلث. أما تحبيس المنافع فلم يرد في أذهان الفقهاء إلا ما

يتضمنه معنى الوقف نفسه، لأنه حبس العين وتسبيل المنافع أو الثمرات والغلال. فالوقف مقصوده هو تسبيل المنافع لوجوه البر. وبنفس المقولة فإن حبس المنفعة لمدة محددة من قبل مالك العين ما هو إلا ند للوقف الموقت عند من قال بالوقف الموقت. ولكنه في الحقيقة يختلف عنه من حيث الصيغة القانونية وما قد ينشأ عن ذلك من اعتبارات تتعلق بالضرائب والشخصية المعنوية المستقلة عن العين، ونحو ذلك.

ولكن المنافع يمكن أن يملكها غير مالك العين كما في الإجارة، وهبة المنفعة، والوصية بالمنفعة، والعمرى عند من يقول بها. فإذا ملك شخص منفعة عين لمدة محددة بالوحدات الزمنية أو بعمر العين أو بعمر مالك المنفعة، دون أن يملك العين نفسها، فإن القول يرد بإمكان حبس هذه المنفعة على وجوه البر، كمن يستأجر بناء لمدة عشر سنوات فيجعل ما ملك مسجداً للناس، أو يملك منفعة حيوان فيجعلها لنقل الحجاج، أو منفعة دارٍ لسنة فيجعلها لمبيت ابن السبيل مثلاً.

٧ ـ صور للوقف شبيهة بوقف المنافع:

وهناك صور أخرى شبيهة بوقف المنافع يمكن تمثيلها بخدمات الهاتف. فيقوم شخص بشراء خدمة هاتف محلي مثلاً من بائع خدمات الهاتف لمدة عشر سنوات أو على سبيل التأبيد، ثم يوقف الخدمة الهاتفية التي اشتراها لصالح مستشفى مثلاً، أو دار للأيتام، أو مكتبة عامة.

ويشبه وقف الخدمة الهاتفية وقف خدمات أخرى مثل وقف خدمة الماء[١]. بحيث يشتري شخص من شركة توريد المياه مقداراً محدداً دورياً من الماء ويوقفه، مؤبداً أو مؤقتاً، لوجه من وجوه البر العامة[٢].

---

(١) استعملنا تعبير خدمة الماء لما تتضمنه من توصيل الماء إلى مكان استعماله وذلك من خلال الأنابيب والآلات المملوكة لمنتج الخدمة.

(٢) وهو أمر يمارس فعلاً في بعض بلدان المسلمين، منها دمشق، ويمكن تعميمه في أي مكان آخر.

ومثلها ما يمكن أن ينطبق على مقدار معين دوري من كيلواط الكهرباء، فيكون وقفاً للكهرباء وكذلك وقف خدمة جمع القمامة والتخلص منها، عندما يتم جمعها والتخلص منها مقابل أجور معلومة كما هو الشأن في مدن كثيرة.

كل ذلك وكثير مما يشبهه ويقاس عليه تكون فيه المنفعة أو الخدمة هي موضوع الوقف وهي وجوه بر كثيرة تتضمن معنًى وقفياً ـ مؤقتاً أو مؤبداً ـ وينبغي أن تنظم فقهاً حتى يمكن تشجيع أعمال البر، وإتاحة الفرصة للمحسنين ليستفيدوا مما قد تقدمه القوانين من مزايا للأموال الوقفية بما في ذلك ما يتعلق بالإعفاءات والتخفيضات الضريبية.

وإذا لاحظنا أن مثال وقف كمية معينة من الماء يتضمن عيناً وليس منفعة في الحقيقة، فهو مثل درِّ الشاة، ولكن دون شاة... ويمكن أن يكون مثل ذلك أيضاً وقف أعيان دورية مستقبلية، مما لا ينتجه الواقف، على سبيل التوقيت أو التأبيد. مثاله وقف المجلات العلمية على المكتبات ودور العلم. فيوقف محسن أعداداً مستقبلية لمجلة ما لمدة عشر سنوات، أو على سبيل التأبيد على مكتبة معينة، بحيث يشتري الواقف هذا الحق بمبلغ معين ممن يصدر المجلة الدورية.

* * *

النتائج والتوصيات

بينت في هذه الورقة أن الخط العام الذي انتهجته هذه الدراسة يركز على قضية مهمة، هي حاجة مجتمعاتنا إلى تنمية وتوسيع وتعميق الفكرة الوقفية وتطبيقاتها. وإن الانطلاقة الفكرية الفقهية تشكل الدافع الأهم لتطوير نظرتنا إلى الوقف الإسلامي وجعله نبراساً للعمل الاجتماعي العام خارجاً عن إطار القطاع الحكومي وبنفس الوقت متعاوناً ومكملاً له. وإذا أرادت أمتنا للوقف أن يقوم بدور يماثل دوره التاريخي المجيد فلا بد من توسيع الإطار الفقهي للوقف وتطويره بما يناسب العصر نتيجة للتغيرات الاقتصادية والاجتماعية الكثيرة التي حصلت خلال القرنين الماضيين.

ولقد عالجت قضية تطوير فقه الوقف لإيجاد صور وقفية جديدة تتناسب مع الحياة والحاجات المعاصرة، الأمر الذي يعتبر عنصراً مهماً في إعادة مسيرة الوقف الإسلامي إلى دورها البنّاء في تحقيق الأهداف الخيرية الاجتماعية التنموية والتشجيع على قيام أوقاف جديدة. ولقد عرضنا صوراً وقفية جديدة كثيرة، هي في حقيقتها من أعمال البر والخيرات والقربات التي تحث عليها الشريعة الغراء وتشجعها، وإن كان الفقه التقليدي لم يعالجها!

ولا بد من القول أن التطبيق الإسلامي كان سباقاً في ابتكار الوقف الأهلي، واعتباره وجهاً من وجوه البر، يمنحه كل ما يمكن أن يمنحه القانون من رعاية وتشجيع. ولقد نبَغَ في ذلك الفقهُ الإسلامي، فأقام البنيان النظري لذلك السبق التطبيقي.

ولقد تميز الفقه الإسلامي بقضيتين أخريين؛ أولاهما: التفصيل في أنواع البر وأحكام تحبيس الأموال من أجله، وبخاصة ما يؤكده جمهور الفقهاء من إلزام الوقف[1] فالوقف إذا انعقد التصريح به، أو تم حوزه

---

(١) الزرقا، ص ١٧ - ١٨ و٨٨ - ٩١.

من قبل الناظر، صار ملزماً لا رجعة فيه، إلا بقدر ما استثنى الواقف في وثيقة الوقف نفسها. وأما الثانية: فهي ما قُيِّد فيه ناظر الوقف أو متوليه من قيود، لا تمكنه من التصرف بعين الوقف، كما تفرض عليه تعظيم انتفاع الغرض الموقوف عليه. بل قد ذهب فقهاؤنا رحمهم الله إلى أبعد من ذلك، فأبطلوا شرط الواقف بعدم عزل الناظر لو أساء، أو بعدم خضوعه لرقابة القضاء وإشرافه عند الحاجة لذلك[1].

وفي مقابل ذلك، فإن قوانين أخرى كالقانون الأمريكي مثلاً لم تشترط في كثير من أنواع الأوقاف نفس الخصائص الوقفية التي اشترطتها الشريعة الغراء. فالمساجد، والكنائس، ومعظم العقارات، والأموال الثابتة، التي تملكها الجمعيات الدينية والخيرية والعلمية، وغيرها من الهيئات التبرعية غير الحكومية، كلها لا تتمتع بالصفة الوقفية المؤبدة، إلا إذا نص الواقف على ذلك في سجلها العقاري، إذا كانت عقاراً، أو أُنشِئت لها Foundation، وذكر في عقد إنشائها أنها لا تملك الأصول الثابتة إلا على سبيل النظارة أو الأمانة. وينتج عن ذلك نتيجة خطيرة هي أنه في الكثرة الغالبة جداً من الحالات تستطيع إدارة الجمعية الدينية ـ من الوجهة القانونية ـ أن تبيع المسجد[2]، وتنفق ثمنه على إقامة الحفلات والمهرجانات مثلاً، كما يستطيع دائنوها ـ ولو بدين ناشئ عن الفعل الضار ـ مقاضاتها، وحجز المسجد، وبيعه للوفاء بالدين. كما تستطيع الجمعية رهنه أو التصرف به أي تصرف آخر، مما يتصرفه المالك بملكه.

وأخيراً؛ فإننا نعتقد أن تهيئة الإطار الفقهي والقانوني هو من المقدمات الضرورية لنمو الوقف وإنشاء أوقاف جديدة وتوسعها وازدهارها. فإذا أردنا أن يعود للأوقاف دورها التاريخي في رعاية جوانب مهمة من الحاجات التعليمية والاجتماعية وغيرها. وأن نشجع إنشاء أوقاف جديدة تتحمل هذه المسؤولية، ويكون لها دور مهم في استمرارية

---

(١) الزرقا، ص ١٢٠.

(٢) أو الكنيسة أيضاً بالنسبة للجمعيات الكنسية.

تقوية النشاط الاقتصادي التنموي نفسه أيضاً، فإن من أوائل الخطوات العملية التي لا بد منها وضع نظام قانوني/ فقهي جديد للأوقاف يراعي هذه الحاجات والصور المعاصرة.

والله هو الهادي إلى سواء السبيل...

* * *

المراجع

١ - محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٧١.

● مالك، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٥٢.

٢ - الأمانة العامة للأوقاف ـ دولة الكويت: رؤية استراتيجية للنهوض بالدور التنموي للوقف؛ دراسة مقدمة لمؤتمر وزراء الأوقاف في العالم الإسلامي، ربيع الآخر ١٤١٧هـ.

٣ - حسن عبد الله الأمين، محرراً، إدارة وتثمير ممتلكات الأوقاف، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة ١٩٨٩م.

٤ - شرح الحطاب لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت ١٩٩٢.

٥ - محمد عبد الرحيم الخالد، أحكام الوقف على الذرية، الناشر هو المؤلف، مكة المكرمة ١٤١٧هـ.

٦ - الرافعي، فتح العزيز شرح الوجيز، مطبوع بحاشية المجموع.

٧ - ابن رشد، بداية المجتهد ـ دار المعرفة، بيروت ١٩٨٨.

٨ - حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت ١٩٧٨.

٩ - مصطفى الزرقا، أحكام الأوقاف، مطبعة الجامعة السورية، دمشق ١٩٤٧.

١٠ - منذر قحف، النصوص الاقتصادية في القرآن والسنة، مركز النشر العلمي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة ١٩٩٥.

● سندات الإجارة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة ١٩٩٥.

● الوقف وتطبيقاته في أمريكا الشمالية ورقة (باللغة الإنكليزية) غير منشورة ١٩٩٦.

● «الوقف» في دائرة معارف العالم الإسلامي الحديث لأكسفورد، ١٩٩٥م، ج٤. (باللغة الإنكليزية).

١١ - ابن قدامة، المغني، ج٥.

١٢ - العياشي الصادق، فداد: «فقه الوقف» بحث قدم في ندوة الزكاة ـ والأوقاف ـ الكونغو، رجب ١٤١٧هـ بتنظيم المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.

١٣ - محمد الكبيسي، «مشروعية الوقف الأهلي ومدى المصلحة فيه» ضمن وقائع ندوة مؤسسة الأوقاف في العالم العربي الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد ١٩٨٣.
١٤ - مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة مجلة المجمع، العدد السابع، والعدد الرابع.
١٥ - رفيق المصري، «المضاربة بالأصول الثابتة»، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، المجلد ٣، العدد ١، ١٤٠٥هـ.
١٦ - محمود أحمد مهدي، محرراً، دور الأوقاف الإسلامية في المجتمع المعاصر، وقائع ندوة الأوقاف، الخرطوم ٢٠ - ١٤١٥/٥/٢٣هـ.
١٧ - النووي، المجموع، شرح المهذب.
١٨ - الونشريسي، المعيار المعرب، دار الغرب الإسلامي، بيروت ١٩٨١.
١٩ - زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، بيروت ١٣٨٨هـ.
٢٠ - Encyclopedia Americana.1994. V 7. 8 and 27.
٢١ - Encyclopedia The New Britanica. 1995. V 3.
The New Encyclopedia Britanic, 1995,v3.

* * *

العرض والمناقشة والقرار

أولاً: العرض

الدكتور صالح بن عبدالله بن حميد (الرئيس):

بسم الله الرحمٰن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلّى الله وسلّم وبارك على خير خلقه نبينا محمد، سيد الأولين والآخرين والمبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وعلى أزواجه أمهات المؤمنين، وعلى أصحابه أجمعين، والتابعين ومَن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

على بركة الله وبعونه وتوفيقه تبدأ الجلسة الصباحية الأولى وموضوعها هو الموضوع السابع في مجال الأوقاف: وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية والمنافع. وقد قدّم فيه ثمانية بحوث، والعارض هو الأستاذ الدكتور منذر قحف، والمقرر هو فضيلة الدكتور عادل بن عبدالقادر قوته. أدعُ سعارة العارض ليقدّم مختصراً عن البحوث.

الدكتور منذر قحف (العارض):

بسم الله الرحمٰن الرحيم، الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله الكرام الطيبين وعلى صحبه أجمعين، ومَن اهتدى بهديه في الأولين والآخرين.

أُرسِل لي في هذا الموضوع ثمانية أبحاث كتبها السادة (بالترتيب الأبجدي):

الشيخ حسن الجواهري.

الأستاذ الدكتور حمزة بن حسين الفعر الشريف.

الأستاذ الدكتور خليفة بابكر الحسن.

الدكتورة سيتي ماشطة بنت محمود والدكتورة شمسية بنت محمد.

الدكتور عادل بن عبدالقادر بن محمد ولي قوته.

الأستاذ الدكتور قطب مصطفى سانو.

الأستاذ الدكتور محمود السرطاوي.

والدكتور منذر قحف.

الوقف من أوسع الأبواب الفهية التي تقوم على الاجتهاد وذلك لسببين؛ أولهما: أن القرآن الكريم لم يذكر شيئاً عن الوقف بخصوصه وعينه وأن السنّة النبوية لم تتعرض لمعظم أحكامه التفصيلية، وثانيهما: أن الوقف ليس تعبدياً محضاً لا يعقل معناه وإنما هو تصرف معقول المعنى ومرتبط بمقاصد الشرع ومبتغاه تحقيق مصالح الموقوف عليهم. لذا نجد الفقهاء قد اعتمدوا في معظم أحكامه على المصلحة والعرف والاستحسان والقياس. والحبس والوقف كلمتان لمدلول واحد، واعتمدت ذلك سبع ورقات في حين أشارت إحدى الأوراق إلى تفريق بين الوقف والحبس، فالحبس عند الجعفرية الإمامية يقع على حق الانتفاع وهو: إما مطلق يمكن الرجوع فيه إن لم يكن محدداً بمدة، أو مقيد ولازم إن ارتبط بزمن محدد أو بحدث يقع في المستقبل. ولا مشاحة في الاصطلاح فلا تخطئة ولا تصويب على أساس الاختلاف في التعريف.

ولما كان موضوع هذه البحوث كلها هو وقف الحقوق المعنوية والأسهم والصكوك، فقد ناقش عدد من السادة المشايخ مسائل تعتبر مقدمات مهمة جداً للموضوع هي:

١ ـ أهمية النظر المقاصدي في الوقف عند النظر في أحكامه الجزئية والاعتصام بالأصول العامّة والقواعد الكليّة وبخاصة أن أحكامه ترتبط بالعرف والأحوال المتغيرة وضرورة النظر إلى مآلات هذه الأحكام من خلال وعي رشيد بمضامين النصوص العامّة ومعاني المقاصد العليا لإيقاع تلك المضامين على الأوضاع المستجدة.

٢ ـ التأبيد والتوقيت للوقف: وانتهوا فيه إلى ما كثر ترداده في الكتابات التراثية حول الوقف أن الأصل هو التأبيد مهم ومفيد ويؤدي إلى تكوين رأسمال استثماري لخدمات القطاع الخيري، ولكن ذلك ينبغي أن لا يلفتنا عن فوائد التوقيت باعتباره جائزاً أيضاً، فهو يعين على زيادة أبواب الخير ويحقق مقاصد الوقف. ويكون التوقيت إما بإرادة الواقف أو بطبيعة المال الموقوف.

٣ ـ وقف المنقول: وانتهوا فيه إلى الجواز لما ورد فيه من السنّة ولما يناسب العصر ولما يفتح من أبواب الخير.

٤ ـ وقف المشاع: وانتهوا إلى القول بجواز وقف المشاع سواء أكان مما يقبل القسمة أو مما لا يقبلها بما في ذلك الأسهم لعدم الإفضاء إلى النزاع رغم عدم قابلية الأموال التي تمثلها الأسهم للقسمة.

وسأعرض الأفكار التي ذكرتها الأوراق دون تفصيل في نسبة الأقوال إلى كتّابها على التخصيص ودون تحديد وجوه الاتفاق والاختلاف فيما بينها، فلي في ذلك متكأ فيما أكدته إحدى الأوراق أن الجواز هو المتفق عليه وإن اختلفت التسميات.

أولاً: وقف الأسهم والصكوك:

السهم حصة شائعة في ملكية شركة مساهمة، أما الصك فهو حصة شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات، أو موجودات في مشروع معين أو نشاط استثماري خاص. ولا يكون للسهم عادة مدة انقضاء، فتصدر الأسهم لشركات تؤسس مستمرة، أما الصكوك فيكون لها أجل محدد تصفى عند نهايته، وفي الغالب أن تدفع قيمة رأسمالها منجمة على أقساط مع دفع إيراداتها.

وبعد عرض طويل لأنواع الأسهم خلصت الأوراق إلى أن «الأسهم تعتبر بما تمثله من أموال مُتقوَّمة وأصحابها ملاّك لأنهم في مجموعهم ملاَّك للشركة» وقد تحققت فيها الشروط التي يشترطها الفقهاء في الموقوف وهي:

١ ـ أن ما يصح وقفه هو ما جاز بيعه والانتفاع به.

٢ ـ أن تكون معلومة ولو على الشيوع.

٣ ـ وأن تكون مملوكة للواقف إذ ليس ثمة خلاف في أن المساهم مالك لأسهمه مُلكاً تاماً لا نزاع فيه.

يضاف إلى ما سبق المصالح الكثيرة التي تنبني على جواز وقف الأسهم مع عدم وجود أية محظورات في ذلك.

أما وقف الصكوك فينطبق عليه ما ينطبق على وقف الأسهم لتوافر نفس الشروط جميعها. على أنه ينبغي أن نلاحظ أن الصكوك ـ على خلاف الأسهم ـ يغلب عليها التوقيت، إذ يكون لها في العادة تاريخ استحقاق لا تتجاوزه يتم عنده سداد قيمتها نقداً أو أنها تسدد قيمتها مع أرباحها على أقساط محدودة العدد ومحدودة تواريخ الدفع.

أحكام تترتب على وقف الأسهم والصكوك منها:

١ ـ جواز استبدال الأسهم والصكوك الموقوفة؟

والجواب الجواز إذا شرطه الواقف أو كان فيه مصلحة راجحة للوقف.

٢ ـ لو هبطت قيمة الأسهم والصكوك فهل للناظر جبرها من إيراداتها؟

والجواب الأرجح: الجواز، لمصلحة استمرار تأبيد الوقف فهو بذلك مثل الصرف على صيانة وترميم العقار صوناً له من الهلاك.

٣ ـ لو صفيت الشركة أو سددت قيمة الصكوك فهل للناظر استبدالها بأصول أخرى كعقارات أو أسهم أو صكوك أخرى؟

والجواب الأرجح: الجواز بشرط الواقف أو بالمصلحة الراجحة للوقف. أما إذا كان الوقف موقتاً بإرادة الواقف فيُصفّى حسب شرطه.

٤ ـ جواز وقف الأسهم مرتبط بمشروعية المجال الرئيسي لعمل الشركة، فتخرج أسهم الشركات التي تنتج محرمات كالخمور، وتخرج

أيضاً البنوك والشركات التي تتعامل أساساً بالربا. على أن بعض الأوراق أشارت إلى جواز وقف أسهم الشركات الربوية والمحرّمة بما فيها البنوك التقليدية وقفاً خيرياً لا ذرياً، لأن وجوه البر العامة هي مصرف الفوائد المحرّمة، ولأن من المال المحرّم ما كان «خبثه لخبث مكسبه، لا لظُلم مَن أُخِذ منه، وطريقُه التخلص منه، وتمام التوبة عنه الصدقة به» كما نُقِل عن صاحب زاد المعاد. واشترطت هذه الأوراق أن يستبدلها الناظر بأسرع وقت ممكن بأسهم أو أعيان مباحة.

٥ ـ الأصل في الأسهم الوقفية بقاؤها واستعمال عوائدها في أغراض الوقف وليس المتاجرة بها في السوق المالية فليس للناظر بيعها إلا لمصلحة راجحة أو بشرط الواقف فهي تخضع لأحكام الاستبدال المعروفة.

ثانياً: وقف الحقوق المالية والمنافع:

الحق بمعناه العام: اختصاص يقرر به الشرع سلطةً أو تكليفاً، والحق المالي بمعناه الخاص هو: اختصاصٌ مشروعٌ بمنفعةٍ ذات قيمةٍ مالية بين الناس، وهو ثلاثة أنواع: شخصي، وعيني، ومعنوي (أدبي). ووقف الحقوق العينية والشخصية ليس داخلاً في موضوعنا. وقد أشارت بعض الأوراق إلى مسألة توقيت الحقوق المعنوية بنصوص القوانين التي أنشأت حمايتها. ورغم ما هو معلوم من تقرير مجمع الفقه لمشروعية الحقوق المعنوية وحمايتها في جلسات سابقة فإن إحدى الأوراق أكدت هذه المشروعية واقترحت لها مرتكزات أربع، هي: سلطة ولاية الفقيه، أو التبرير العقلاني، أو الملكية التكوينية، أو حكم العقل العملي. ولكنها انتهت على كل حال إلى القبول بمشروعية الحقوق المعنوية.

أما المنافع فهي ما يقوم بالأعيان من أعراض، والخلاف في ماليتها معروف لا حاجة للخوض فيه.

وجواز وقف المنافع حسبما يراه المالكية هو الرأي الذي يرجحه الباحثون، ويتعزز هذا الرأي بالأدلة التالية: مقاصد الشريعة في الوقف،

قياس الوقف على الوصية، وحمل وقف المنافع على نذر التصدق بالمنفعة، والعرف والمصلحة.

كما أكدت الأوراق على جواز وقف الحقوق المالية المعنوية شريطة كون موضوعها من المباحات شرعاً.

أحكام تترتب على وقف الحقوق والمنافع:

١ ـ لا حاجة للبحث في مَن يملك المنفعة الموقوفة، ولا العين الموقوفة، طالما أن الفقه المعاصر قد أقرّ مفهوم المؤسسة، وشركة المساهمة وشخصيتهما استقلالاً عن شخصيات المؤسسين والمالكين. فالوقف هو مؤسسة ذات شخصية قانونية مستقلة وهو ليس مملوكاً لأحد.

٢ ـ لا يؤثر وقف المنفعة على تصرف مالك العين بمُلكه، إذ له كل التصرفات المباحة شريطة المحافظة على حق الوقف في المنفعة.

٣ ـ كتب التراث التي صرّح كتّابها أو عرف ذلك من أقوالهم أو كتاباتهم أنهم أرادوا وقفها لصالح طلبة العلم أو العلماء أو غيرهم ينبغي أن تُحترم إراداتهم الوقفية، وأن يقدّر الناشرون حصة حقوقهم المعنوية، وأن تنفق على الأغراض التي أرادوها.

٤ ـ ينقضي وقف الحقوق المعنوية بانتهاء أجلها القانوني. فهي بذلك من نوع الوقف المؤقت بطبيعة المال الموقوف، وهو ما قالت به المذاهب جميعها تصريحاً بالتوقيت كما عند المالكية، أو ضمناً بإباحة وقف منقولات منقضية آيلة للهلاك. كما تنقضي أيضاً بإرادة التوقيت من الواقف على رأي المالكية، وهو رأي يدعمه النظر المقاصدي للوقف.

ثالثاً: وقف النقود:

أشارت معظم الأبحاث إلى مسألة وقف النقود سواء بقصد استثمارها مضاربة وغير ذلك مع تسبيل إيراداتها وعوائدها أم بقصد إقراضها، وأرجعت إلى قرار هذا المجمع الموقر رقم ١٤٠ (١٥/٦) الذي نصّ على:

١ ـ «وقف النقود جائز شرعاً؛ لأن المقصد الشرعي من الوقف هو حبس الأصل وتسبيل المنفعة فيها؛ ولأن النقود لا تتعين بالتعيين وإنما تقوم أبدالها مقامها.

٢ ـ يجوز وقف النقود للقرض الحسن، وللاستثمار إما بطريق مباشر، أو بمشاركة عدد من الواقفين في صندوقٍ واحد، أو عن طريق إصدار أسهم نقديةٍ وقفيةٍ تشجيعاً على الوقف، وتحقيقاً للمشاركة الجماعية فيه.

٣ ـ إذا استثمر المال النقدي الموقوف في أعيان، كأن يشتري الناظر به عقاراً أو يستصنع به مصنوعاً، فإن تلك الأصول والأعيان لا تكون وقفاً بعينها مكان النقد، بل يجوز بيعها لاستمرار الاستثمار، ويكون الوقف هو أصل المبلغ النقدي».

في حين أن إحدى الأوراق رأت في وقف النقود وقفاً لمعنى المهالية، ورأت في استعمال النقود إقراضاً أو مضاربة ثمرات للمالية هذه. ولا يضير في المالية أن أعيان النقود مستهلكة إذ يمكن تبديل تجسُّدها من عين إلى عين أخرى بالتعاقب، بدلاً من كونها فرداً معيناً يعتبر وقفاً لا يجوز تبديله، فقوام الجريان إنما هو بالتحبيس وليس بكون المحبوس فرداً معيناً.

رابعاً: التوقيت في الوقف:

أكدت معظم الأوراق على المصلحة في التوقيت في الوقف، وأنه مرتبط ارتباطاً أساسياً بوقف المنافع، فإن كان يمكن للمنافع الديمومة فإن أكثرها من طبيعته التوقيت. وإذا جاز التوقيت بسبب طبيعة المال الموقوف، فلمَ لا يجوز بالنص عليه بإرادة الواقف؟ وهو مذهب المالكية ووجه لدى الحنابلة، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف، وينسب لابن سريج من الشافعية. وهو فوق كل ذلك مما يشجع على البر ويزيد فعل الخير ويحقق مقاصد الوقف.

وذهب المالكية إلى صحة الوقف المؤقت، سواء أكان هذا الوقت

قصيراً أم طويلاً، وسواء أكان مقيَّداً بمدةٍ زمنيةٍ، أم كان مقيداً بحدوث أمرٍ معيّنٍ أم بحياة شخصٍ معيّن. واستدلّ أصحاب هذا الاتجاه بأمور منها: أنه لا دليل يوجب التأبيد، وأن التقرب بالمال يكون ببعضه، وبعضُ زمانه ببعضن منه، وأنه من التقيد بشرط الواقف إن أراده وشرطه فهو عندئذ كنص الشارع، وأن في الوقف المؤقت تشجيعاً لسبل الخير وأوجه البِر، وأن الأحاديث والآثار التي قد يستدل بها على اشتراط تأبيد الوقف هي في حقيقتها حكاية أقوالٍ ووقائع كان الوقف فيها مؤبداً، وليس فيها دليلٌ ناصٌ على عدم جواز التوقيت.

التوصيات العامة المشتركة:

١ ـ جواز وقف الأسهم والصكوك عملاً برأي الجمهور القائلين بجواز وقف المنقول، ورأي المالكية والجعفرية القائلين بالتأقيت مع مراعاة وضع الضوابط التي تحكم استثمارها وتحويلها وتغير قيمتها وأيلولة ملكيتها في حال تصفية الشركات والمؤسسات المالية التي كانت مستثمرة فيها.

٢ ـ جواز وقف المنافع عملاً برأي المالكية والقياس، وتلبية للعرف المعاصر الذي لا يتعارض مع الشريعة فروعاً ومقاصدَ. وقد عبّرت عن ذلك إحدى الأوراق بعبارة عامة تؤكد: «أنّ الوقف كما يصحّ في الأعيان، فإنّه يصحّ ـ بذات الأدلة ـ في المنافع والحقوق والنقود».

٣ ـ جواز وقف الحقوق المالية العينية والشخصية والمعنوية (الأدبية)، لأنها أموال تنطبق عليها النصوص العامة، ولأنّ «تبدُّل الأحوال وتغير الأوضاع الاقتصاديّة والاجتماعيّة يحتّمان اعتماد القول بمشروعيّة الوقف المؤبّد والوقف المؤقّت، ومشروعيّة وقف المنافع، ووقف الحقوق، ووقف الأعيان مطلقاً سواء أدّى الانتفاع بها إلى إتلافها أم لا».

٤ ـ جواز التأقيت في الوقف بكل أنواع الموقوفات ولكل أغراض الوقف، سواء أكان التأقيت بإرادة الواقف أم بطبيعة المال الموقوف،

وبخاصة أن ذلك «تعضده مقاصد الشرع في التبرعات عامّة وفي الوقف خاصّة» كما تدعمه القواعد الأصوليّة والفقهيّة إذ أنّ «النصوص الشرعيّة الواردة في الوقف عامّة لا يصحّ لأحدٍ تخصيصها بنوعٍ من أنواع الوقف».

٥ ـ تأكيد جواز وقف النقود حسب قرار المجمع رقم: ١٤٠ في دورة انعقاده الخامسة عشرة.

توصيات لم تتكرر في جميع الأوراق:

١ ـ يجوز وقف أسهم البنوك التقليدية (الربوية) في الأوقاف الخيرية لا الذرية؛ لأنّ رأس المال فيها ليس حراماً، والمال المستفاد من الفوائد الربوية مصرفه إلى الفقراء والمساكين ووجوه البرّ ذات النفع العام عند عدم التمكن من ردّه لأصحابه. وعلى متولِّي الوقف أن يعمل على استبدال هذه الأسهم واستثمارها فيما هو حلال شرعاً. وإذا تعارض شرط الواقف مع شرط الشارع، فلا عبرة بشرط الواقف.

٢ ـ يجوز وقف منافع أشخاص طبيعيين أو معنويين لفترات زمنية مؤقتة أو مؤبدة بالنسبة للأشخاص المعنويين؛ كخدمات الأطباء والمستشفيات وغيرها.

٣ ـ إذا استُثمر المال النقدي الموقوف في شراء أسهم أو صكوك، فإن تلك الأسهم والصكوك لا تكون وقفاً بعينها مكان النقد، ما لم يقصد الواقف ذلك، ويجوز بيعها للاستثمار الأكثر فائدة لمصلحة الوقف، ويكون أصل المبلغ النقدي هو الموقوف المحبَّس.

٤ ـ يمكن لمَن تلبَّس في أموالٍ مشتبهةٍ أو محرَّمة، لا يعرف أصحابها، أن يبرئ ذمّته ويُتِمَّ توبته، ويتخلّص من خبثها بوقفها على أوجه البرِّ العامة، في غير ما يقصد به التعبُّد، من نحو بناء المساجد أو طباعة المصاحف.

٥ ـ يصح الوقف على سبيل التأبيد أو على سبيل التأقيت بشرط

الواقف أو بطبيعة المال الموقوف، كما يصحُّ أن يكون وقفاً فردياً أو على سبيل الوقف المشترك (الجماعي).

٦ ـ تخصيص مقرّرات دراسية في المؤسسات التعليمية العليا في العالم الإسلامي تعنى بدراسة الوقف دراسة علميّة موضوعيّة ناضجة واقعيّة تعيد للوقف دوره التنمويّ والاقتصاديّ والاجتماعيّ يوم أن كان مفهوماً لدى العامّة والخاصّة.

والحمد لله رب العالمين.

* * *

ثانياً: المناقشات

الدكتور صالح بن عبدالله بن حميد (الرئيس):

شكراً فضيلة الدكتور، ولعلكم تتفقون أن العارض وظيفته أن يعرض البحوث ولا يذكر الراجح، فيقول: الراجح كذا والراجح كذا، وإنما إن كان في البحوث آراء مختلفة فيقول: بعضها يرى كذا وبعضها يرى كذا، أما أن يقول: الراجح كذا، فهذا قد ترون أنه ليس من الملائم؛ لأن الرأي مشترك والرأي مطروح، ولا يُصادر رأي أحد.

الآن أفتح النقاش للإخوة مقدِّمي البحوث إذا أرادوا أن يضيفوا شيئاً لم يتعرض له العارض في بحوثهم.

الشيخ حسن الجواهري (باحث):

بسم الله الرحمٰن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد، وآله الطيبين الطاهرين، وصحبه الميامين.

عندي ثلاث ملاحظات أحب أن أذكرها ليتضح المقصود من الورقة التي قدّمتها:

١ ـ أؤكد على أنه لا بد من ضبط المصطلحات لاختلاف الأحكام حسب المصطلح، وإن كان الهدف واحداً وهو البر والخير. فالوقف ـ مثلاً ـ والحبس والصدقة والهبة والوصية والعارية وأشباه هذه الأمور كلها خير ولكن مع اختلاف أحكامها، فمَن أراد واحداً منها فما عليه إلا أن يُعين الاصطلاح ولا يخلط بين المصطلحات لاختلاف أحكام هذه المصطلحات. مثلاً الوقف عند كثير من المذاهب أُخذ فيه حق الانتفاع بالشيء مع بقاء أصله وقطع تصرف غير المالك والمالك في رقبته، بينما الحبس الذي هو معروف أن صلة المالك بمُلكه لا تنقطع إنما يُحبس

منافعه على جهة معينة. فإذن تعريف الوقف عند كثير من المذاهب هو قطع صلة المالك بمُلكه، وقطع صلة غير المالك لا يبيع ولا يهب ولا يُؤرَث. أما بالنسبة للحبس فهو يُورث إذا مات المحبس لأنه حبس المنافع ولم يقطع صلته بالوقف.

وبالنسبة لوقف المالية؛ نحن صححنا وقف المالية باعتبار شمول النص القائل: «حبِّس الأصل وسبِّل المنفعة والثمرة»، فالمالية هي الأصل ولها منفعة، أو صححناه بما يقوله بعض علمائنا من أنه: عقد جديد وإن لم يكن وقفاً اصطلاحياً، عقد جديد يشمله ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ فتصحيح المالية عندنا له هذان الدليلان.

٢ ـ هناك في بعض البحوث مَن يقول بأن المسائل المتعلقة بمحل الوقف اجتهادية تتصف بالمرونة وتتأثر بالأعراف الاجتماعية. نعم، قد يكون هذا صحيحاً، ولكن للوصول إلى حكم الشارع في حكم الوقف بتفريعاته المختلفة لا بد من الحصول على دليل قامت الحجة القطعية عليه، يعني لا يكفي أن نصل إلى حكم الشارع من وجود مصلحة مع عدم المانع وعدم الردع، بل لا بد من وجود الدليل الممضي للوقف كما في قول رسول الله ﷺ: «حبِّس الأصل وسبِّل الثمرة أو المنفعة»، هذا إمضاء لهذا الأمر الغير العقلائي، الإمضاء.

هذه نقطة مهمة في انتساب الحكم إلى الشارع المقدس. مثلاً بالنسبة إلى وقف المعدوم، هذا ليس فيه إمضاء كما يُقال في وقف الإيرادات النقدية التي تحصل في المستقبل دون وقف أصلها، هذا لم يرد فيه دليل على الصحة رغم قبولنا وقف المالية، وذلك لأن الإيرادات النقدية التي تحصل في المستقبل معدومة الآن، ولا يصح وقف المعدوم لعدم الدليل عليه ولا يوجد إمضاء، بل جاء الدليل بالنسبة لشيء موجود سواء كان عيناً أو حقاً متعلقاً بالعين مثلاً شيء موجود أما المعدوم فلا يصح وقفه كما لا يصح وقف الخدمات ـ خدمات شركة الطيران، والخطوط البحرية والسكك الحديدية، ومؤسسات البريد لشحن المصاحف مثلاً، أو نقل الشيوخ أو المرضى إلى المستشفيات ـ هذه لا

يصح وقفها لأنها ليست موجودة حتى توقف. لا قبل وجودها يصح أو توقف لأنها ليست موجودة، ولا بعد وجودها لأنها إذا وُجدت تصرّمت، فكيف نقول لصحة وقف شيء لم يوجد؟ إذن المعدوم لا يصح وقفه وإن كان هناك نية حسنة. قد يكون الإنسان مُثاباً عليها حصلت في الخارج أو لم تحصل في الخارج لكن ليس وقفاً، لأنه لا بد من شيء موجود خارجاً أو متعلق بشيء خارجي كالحق مثلاً، وشيء متعلق بعين أو الملك متعلق بعين. الملك والحق هو ليس مالاً وإنما متعلق بالمال، فيصح أن نقف شيئاً موجوداً في الخارج، لا أن يكون عيناً فقط حتى وإن كان مالية مثلاً أو حقاً.

وبالنسبة لمَن تعامل بالحلال والحرام، فقد ذكروا بأن هذا المال ليس ملكاً له، له ماله الحلال ومنافعه الحلال، أما المال الحرام والمنافع المحرّمة ليست له إنما هي مُلك لأصحابها، يجب إرجاع هذه الأموال المحرّمة إلى أصحابها وإلى ورثتهم إن عرفوا، لكن ما لم يُعرفوا فيمكن أن يُتخلص ـ كما قال الدكتور منذر ـ من هذه المشكلة بأن يوقف الجميع، فما كان له يكون له ثوابه وما كان لغيره يكون الثواب لغيره لأن إرسال الثواب إلى صاحب المال هو نوع من وصول المال إليه إذا لم نتمكن من إعطائه نفس المال.

٣ ـ الكلمة الأخيرة في الحقوق المعنوية. الملك المعنوي أو الحق المالي أو الحق الأدبي هذه الحقوق التي كانت في الزمان السابق مثل: حق حيازة الأرض وعلاجها بالإعمار، وحفر ماء البئر، وتأليف الكتاب الذي لا يجوز النقل منه إلا بإجازة. . . إذن هذه حقوق عليها الارتكاز ولا يجوز التصرف بها إلا برضا أصحابها، ولكن وجدت عندنا الآن حقوق حديثة معنوية أو أدبية مثل: حق استغلال المؤلف والمبتكر ونشر مؤلّفه أو ابتكاره، أو الاسم التجاري، هذه كلها يصح وقفها لوجود ذلك الابتكار العقلائي بامتلاك هذه الحقوق، فيوجد هناك ارتكاز عقلائي ممضي من قبل الشارع لم يردع عنه، فهذا الارتكاز العقلائي مع عدم الردع هو إمضاء، ووجدت الآن مصاديق حديثة لهذه الحقوق المعنوية.

إذن يصح وقفها ما دامت حقوقاً مملوكة، ولا تقتصر على وقف الأعيان المملوكة وذلك لعدم الدليل على أن يكون الموقوف مملوكاً.

وأكتفي بهذا، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور محمود السرطاوي (باحث):

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

شكراً معالي الرئيس، وكل الشكر للأستاذ الدكتور منذر قحف على هذا العرض الدقيق والمستوعب. لذا فإن ما سأقوله إنما هو من قبيل التأكيد وليس من قبيل التأسيس.

من خلال تتبع الأدلة على مشروعية الوقف واستشراف المقاصد الشرعية منها نرى أن الشارع يهدف إلى: إقامة مصادر دائمة ومستمرة تَدُرُّ دخلاً لتقديم خدمات اجتماعية أو ثقافية أو اقتصادية للأفراد والمجتمعات في الحاضر والمستقبل.

ونلحظ أيضاً أن معظم المسائل المتعلقة بالوقف اجتهادية تتصف بالمرونة وتتأثر بالظروف والأعراف الاجتماعية، تحقيقاً لمبدأ التكافل بين أبناء المجتمع المسلم بما يتناسب مع كل عصر.

ونلحظ أيضاً من خلال التتبع التاريخي لآراء الفقهاء في مسائل الوقف، إنهم توسّعوا في وقف المنقولات كلما اقتضت حاجة المجتمع إلى التوسع فيها حتى أصبحت المنقولات التي يجوز أن يجري فيها الوقف كثيرة، فخرجت لكثرتها عن كونها استثناءً من الأصل. وقد نصُّوا على جواز ما جرى به العرف. ولا شك أن هذا المنهج الذي يمكن أن نصفه بالمحافظ على الثوابت، والمرن في تحقيق مقاصد البر حسب الأعراف والمتغيرات الاجتماعية عبر العصور هو الذي يحدد ويبيّن حكم ما استجدّ من قضايا في موضوعات الوقف.

وبما أن الأدوات المالية وآليات الاستثمار قد تنوعت ولم تعد محصورة في العقارات والأموال التي كانت سائدة في عصر السلف، حتى أصبحت الأموال التي ينفقها الناس اليوم غالباً تتمثل في النقود والأسهم والصكوك والمنافع، وأضحى القول بعدم جواز الوقف إلا إذا كان عقاراً يؤدي إلى تعذر مشاركة المثيرين من أبناء المجتمع المسلم في الأوقاف الخيرية، وحرمانهم مما يترتب على ذلك من أجر عظيم. كما يترتب عليه عدم المشاركة الفاعلة في تحقيق مبدأ التكافل لسد حاجة خلّة المحتاجين، وتحقيق قدر أكبر من الرفاه والسعادة لأبناء المجتمع المسلم.

لذلك فإنني أرى أن تكون التوصية بجواز وقف الأسهم في المؤسسات الصناعية، والتجارية، والزراعية، والخدمية، على وجوه البر في الأوقاف الخيرية والذرية إذا كانت مناشط هذه الأسهم واستثماراتها جائزة شرعاً. وأنه لا يجوز وقف أسهم الشركات التي تعمل في مناشط محرّمة كإنتاج الخمور، ويجوز وقف أسهم البنوك التقليدية الربوية في الأوقاف الخيرية لا الذرية، لأن رأس المال فيها ليس حراماً، والمستفاد من الفوائد الربوية مصرفه إلى الفقراء والمساكين ووجوه البر ذات النفع العام عند عدم التمكن من رده لأصحابه، وعلى متولِّي الوقف أن يعمل على استبدال هذه الأسهم واستثمارها فيما هو حلال شرعاً، وإذا تعارض شرط الواقف مع شرط الشارع فلا عبرة بشرط الواقف.

كما أنه يجوز وقف الصكوك الإسلامية للاستفادة من ريعها لا للمتاجرة بها، سواء في ذلك صكوك المقارضة، أو الأعيان المؤجرة، أو صكوك المؤسسات الخدمية، أو صكوك عقود بيوع السلم أو الاستصناع، إذا كانت في مؤسسات تعمل فيما هو حلال شرعاً واستوفت الشروط الشرعية لتداولها وفق ضوابط محددة ومن أهمها ضوابط الأسواق المالية التي يُعمل فيها بمعايير الشريعة الإسلامية.

ويجوز وقف الحقوق المالية والحقوق الأدبية: كحق التأليف، وحق الابتكار، والعلامات الصناعية والتجارية شريطة أن تكون في

المباحات، كما أنه يجوز وقف المنافع سواء كانت منافع مؤسسات خدمية أو منافع أشخاص لفترات زمنية مؤبّدة أو مؤقتة كخدمات الأطباء والمستشفيات وغيرها فيما هو جائز شرعاً.

والله تبارك وتعالى أعلم، وشكراً جزيلاً.

الدكتور حمزة الفعر (باحث):

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

أشكر للأخ الكريم فضيلة العارض ما قدّمه من جهد. وعلى كل حال لديّ أربع نقاط توضيحية عن بحثي:

١ ـ إن ما ذكره العلماء من شروط وضوابط للوقوف اجتهاد منهم في النصوص والوقائع التي ورد فيها ذكر الحبس، وليس هنالك نصٌّ يحدد طبيعة الوقف أو شروطه. ولعل أهم مستند لمَن شدّد في ذلك حديث عمر رضي الله عنه وسؤاله للنبي ﷺ في شأن أرضه التي بخيبر، وقوله ﷺ له: «إن شئت حبَّست أصلها وسبَّلت ثمرتها»، وهذا لا يلزم منه عدم جواز الوقف الذي لا يكون كذلك، لأن عمر رضي الله عنه بسؤاله للنبي عليه السلام كان في مقام المستنصح، والنبي ﷺ أنصح الخلق للخلق، وقد أرشده إلى الصورة المثلى، ولكن هذا لا يمنع من وجود صور أخرى أو القبول بما دون ذلك، وهذا له نظائر فيما سُئل عنه النبي ﷺ، فقد سأله سائل عن أفضل الأعمال فقال له: «بر الوالدين» وسأله آخر فقال: «الصلاة لوقتها»، وهذا لا يلزم منه عدم اعتبار أبواب أخرى من أبواب الخير أو التقليل من شأنها.

وفي ضوء هذا يمكن أن نفهم ما ورد من عبارات في شروط العلماء أو شروط بعض المذاهب من قولهم: «لا يصح الوقف إلا أن يكون مؤبداً» و«لا يجوز وقف المنقول» ونحو ذلك. فإن هذه عبارات

يجب أن تُفهم في هذا السياق لا أن تكون لها مدلولاتها الاصطلاحية التي هي: الحرمة والمنع.

٢ ـ إن البحث تطرّق إلى بيان مفهوم المال في الشريعة الإسلامية، وبيَّن أن الضابط في تحديد المالية إنما هو القبول العرفي بين الناس، والصلاحية للتداول وعدم مخالفة الشريعة.

وانطلاقاً من هذا فإنه ليس هنالك شيء مُختص بالمالية بطبعه. ولذا فإن الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية أموالٌ بهذا الاعتبار لكونها تحظى بالقبول بين الناس ولها قيمة بينهم يتم على أساسها تداولها.

٣ ـ أكد البحث على أن الوقف تبرع محض، وهذه في نظري نقطة مفصلية، فإن التبرع أمر مُرغَّبٌ فيه في الشريعة ومُوسَّع في بابه وإن كانت درجاته تتفاوت، ولكم كان هذا التبرع دائماً مستمراً كان أفضل وأكمل، وإن كان لا يلزم من ذلك المنع من غير مما لا يكون البر فيه دائماً مستمراً. من هنا فإن البحث اتجه إلى ترجيح الإطلاق في الوقف بالقول لصحة وقوعه دائماً أو مؤقتاً، وكونه منقولاً أو غير منقول، وأعياناً أو نقوداً. وهذا هو رأي المذهب المالكي الذي يعتبر أوسع المذاهب في هذا الباب، وفي نظر الباحث أنه أكثر المذاهب انسجاماً مع أصول الشريعة ومقاصدها.

٤ ـ إن التوسعة في شأن الوقف في كل ما يكون مالاً معتبراً في الشريعة في غاية الأهمية في هذا الوقت نظراً لتطور العمل الخيري واتساع مجالاته، ولا يتحقق هذا المعنى الجليل إلا بهذه التوسعة. وبالله التوفيق.

الدكتور عادل قوته (باحث):

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم، المحمود بكل لسان وعلى كل حال، والذي بنعمته وفضله تتم الصالحات، هو الله عزّ وجل وحده لا

شريك له، والمصلَّى والمسلَّم عليه دائماً وأبداً، هو سيدنا ونبينا محمد ﷺ، والمرضي عنهم صحابته وآله.

الشكر لمعالي الرئيس ولمعالي الأمين العام الموقرين، ولأمانة أوقاف الشارقة الكريمة والقائمين عليها، كما أشكر الأستاذ الدكتور منذر قحف على هذا العرض المنتج المحرض على قراءة الأبحاث وجر تضاعيفها ومثانيها.

عندي بعض الملاحظات وبعض الوقفات، وأظن لي مدة من الوقت بالشخصية الاعتبارية كوني مقرراً وبكوني باحثاً، وأرجو أن أكون مقرراً لا مكرراً مستصحباً ما في القاف من القوة والجهر والتفخيم ولا أقول الاستعلاء دون ما في أضدادها من حرف الكاف.

الملاحظة الأولى أو الوقفة الأولى: إن إجازة وقف الأسهم الربوية ينبغي أن يُقيَّد بقصد التوبة منها والتخلص من إثمها، لا من حيث ابتداء حال ذلك فإن الله تعالى طيب لا يقبل إلا طيباً.

الملاحظة الثانية: الشيخ حسن الجواهري - موفقاً رشيداً - ذكر في بعض تضاعيف بحثه أن الأستاذ الزرقا في تعريفه للحق استقى هذا التعريف أو صاغه من خلال الفقه الغربي، وهذا ليس صحيحاً بالمرة، فإن كتابه (المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي) هو من أجل كتبه وصياغته للتعريف هي تأصيل لهذه النظرية الكبرى ولمصطلحاتها، كما أن له نظيراً مستقلاً في المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في القانون المدني غاير فيه هذا التعريف، وهذا الكتاب هو الذي نال به جائزة الملك فيصل للدراسات الإسلامية.

الملاحظة الثالثة: أن بعض الباحثين الفضلاء وأرجو أن يتسع صدره، هو أهلٌ لكل فضل وخير، ذكر أن بحثه نقد الاتجاه القائل باشتراط العينيّة في الموقوف، فإذا لم يكن الموقوف عيناً، فإنّه لا يجيز وقفه، وبناءً عليه، فلا يجيز وقف المنافع والحقوق لأنّها ليست أعياناً.

وكان تعبيره في ذلك: رحم الله أولئك المتفققهة الذين حصروا الحبس (الوقف) كل الحبس في الأعيان دون سواها، وغفر الله لأولئك العالِمين من الفقهاء، ووصفهم بأنهم لم يستصحبوا المقاصد والغايات ولم يحيطوا خبراً بآثار ووظائف الوقف.

لعله موفَّقاً رشيداً أن هذه العبارات في حق الأئمة الكبار لا أظنها مناسبة، وهو قادر على تقدير مكانة هؤلاء الأئمة، ولا يخفى أيضاً أن العالِم لا يحاسَب على ما لم يكن قائماً في عصره، ويراد لرأيه واجتهاده أن يكون متجاوزاً للزمان مُخترقاً للمكان. ثم إن رأيه واجتهاده ـ وهو للاجتهاد أهل ـ لا يوصف بأنه محلٌ للاستغناء بل هو بين الأجر والأجرين. وأن القائلين باعتبار التأبيد وباعتبار العينية لهم أدلتهم واعتباراتهم ومآخذهم الشرعية ونظرهم للمقاصد، كما لا يخفى أن الاستدلال بقول الإمام مالك ـ رضوان الله تعالى عليه ـ في نقده لكلام القاضي شريح إنما هو في نقل متواتر مستفيض لم يلتفت إليه شريح أو لم يبلغه، وأما الرأي فيواجه بالرأي، ولذلك ختم الإمام مالك ﷺ: ينبغي للمرء ألاّ يتكلم إلا فيما أحاط به خبراً.

أؤكد بكل قوة ما تفضّل به الشيخ حسن الجواهري من لزوم الاهتمام بالمصطلحات الشرعية وإظهار الفروق بينها. فالشرع الشريف ـ كما لا يخفى ـ جاء لجملة ممتدة من التبرعات كما أشار موفّقاً، والشرع الشريف فرّق بين حدودها وميّز بين آثارها، وبيّن طبائع كل مصطلح منها، هناك الصدقة والهبة والعطية والوصية والعمرى والرقبى، كما أن هناك القرض والإعارة والمنيحة، وهناك أيضاً الوقف. وتشجيع عمل الخير. وتطوير الأوعية الاقتصادية للموقوفات لا يعني تمييع المصطلحات، والحفاظ على الحدود الظاهرة بينها، والحق تبارك وتعالى يقول: ﴿ٱلْأَعْرَابُ أَشَدُّ كُفْرًا وَنِفَاقًا وَأَجْدَرُ أَلَّا يَعْلَمُوا۟ حُدُودَ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ﴾ فتمييز الحدود والمصطلحات والتعريفات هي من خصائص المحافظة على طبيعة الشريعة الإسلامية.

والشكر أولاً وآخراً لله سبحانه وتعالى على هذا الفضل، والحمد لله رب العالمين.

الدكتور خليفة بابكر الحسن (باحث):

بسم الله الرحمٰن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أشكر العارض على عرضه للبحوث الخاصة بأحكام وقف الأسهم والصكوك والمنافع والحقوق المعنوية، فقد كان عرضه عرضاً جيداً، ومن بين ما ذكره، بعض الفقرات التي جاءت في بحثي فيما يتصل بتداول هذا الموضوع.

وفي كل الأحوال فإن الحديث عن وقف الأسهم والصكوك والمنافع يعتبر طرفاً من أطراف أحكام الوقف. والوقف سائغٌ القول فيه انطلاقاً من قول الإمام أحمد بن حنبل: «الوقف جائز في كل شيء». وأيضاً استناداً على أن الوقف ينشأ في إطار قاعدة قطعية حاكمة وهي قاعدة: البرّ وعمل الخير، وهي القاعدة التي جاء دين الإسلام دين الفطرة للعمل على تحقيق ما يتصل بمقتضياتها ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾، ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ إلى غير ذلك من النصوص الكثيرة التي تدل على مبدأ قطعية هذه الخيرية. وانطلاقاً من ذلك فإن الحديث في هذا الإطار ـ إطار الوقف ـ لا يترتب عليه شيء فإن الإمام لأن يُخطئ في العفو خير من أن يُخطئ في العقوبة. هذه نقطة.

النقطة الثانية التي أشير إليها هنا وهي أن اعتمادنا فيما يتصل ببحث هذا الموضوع كان ممتزجاً بين الأحكام الجزئية وبين القواعد الكلية. وهذا نمطٌ من البحث لا بد من أن ندور في إطاره وبخاصة في هذا الزمن لكثرة المشاكل وتعقدها والاحتياج إلى التأصيل الذي يعيننا في

الوصول إلى الرأي الصحيح. وفي ذلك اعتمدت فيما يتصل ببحث حكم وقف الأسهم والصكوك والمنافع عموماً على التخريج على أحكام الفقهاء الجزئية، وعلى الأصول الكلية، والقواعد العامة، والمقاصد، وتحكيم العرف الحديث المقبول. وهذا نمط من التمازج في البحث أراه ضرورياً في هذا الزمن بشكل مباشر، وأن الاعتماد على مجرد التخريج الجزئي وإن أعان لكنه لا يجعل الصورة كاملة للوصول إلى الحكم الشرعي المطلوب.

وأنطلق من هذه النقطة عن الحديث على النقطة التي تحدّث عنها فضيلة الشيخ الجواهري فيما يتصل بأن مرونة محل الوقف لا تشمل محل الوقف، لأن محل الوقف هو المحل القابل للمرونة، والدليل على ذلك أن المرونة في الوقف بدأت بإجازة وقف المنقول ولم يكن جائزاً قبل ذلك، وعلى ذلك جرى العف فكانت إجازة وقف المنقول ـ كما يعلم هو ـ أُجيز وقف المصاحف والفؤوس والقدّوم والمنشار وما إلى ذلك من الأشياء التي يحتاج إليها الناس في ذلك. وقد غدا الحديث عن هذا النمط أو هذا النوع من الوقف أيضاً واضحاً في باب الاستحسان في أصول الفقه يتكرر في موقع غير موقعه، وهو هذا الموقع التأصيلي فيما يتصل بأصول الفقه، وذلك يدل على أنه أمرٌ بيِّن وواضح أن المرونة تبدأ من الأحكام الأولية الذي نشأت فيما يتصل بالوقف من الناحية الاجتهادية.

بعد ذلك لا بد أن نشير إلى نقطة: أن مما ساعدني في البحث أن المجمع تكونت له أدبيات فقهية كثيرة، هذه الأدبيات الفقهية سهّلت علينا أن ننطلق من الأسهم الجائزة والصكوك الجائزة، ولم يحوج هذا إلى الرجوع فيما وراء ذلك إلى الأسهم غير الجائزة والصكوك غير الجائزة وما إلى ذلك.

هذا ما أردت قوله وإضافته، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور قطب مصطفى سانو (باحث):

بسم الله الرحمٰن الرحيم، وصلاةً وسلاماً تامّين مباركين على سيد الأولين والآخرين محمد الأمين، وعلى آله وأصحابه وسلّم تسليماً كثيراً.

في البداية أُسجلها شكراً وتقديراً لإمارة الشارقة حاكماً وحكومةً وشعباً، وللإمارات العربية المتحدة، وأُسجلها كذلك تقديراً وشكراً لرئاسة هذا المجمع الموقر متمثلاً في صاحب الفضيلة العلامة الشيخ صالح بن حميد، وللأمانة العامة للمجمع ولكل الحضور، وأحيي هذه الكوكبة من العلماء الذين توافدوا على هذه البلدة، وأعتذر اعتذاراً كبيراً عن هذا التأخير للمشاركة في الدورة في يوميها الأول والثاني نظراً لظروف حالت دون ذلك.

أود أن تكون مداخلتي في حدود بحث شاركت به في هذا المحور، وهي المسألة الوقفية التي أخالها من المسائل التي ينبغي أن ننظر لها متجددة تستصحب الأصول العامة والمقاصد الكلية والمآلات التي ينبغي أن يُلتفت إليها. أبدؤها بما قاله الأخ صديقنا العزيز الدكتور حمزة الفعر، وهي من القضايا المحورية التي ينبغي الالتفات إليها عندما نتحدث في شأن الوقف أن النصوص الشرعية التي وردت فيها أنها نصوص مرنة تدخل وتندرج ضمن النصوص العامة التي تحث على البر والتبرع. والأصل في التبرعات هو الجواز أو الإباحة أو الندب. فبالتالي كل تبرع ما لم يكن هناك نص يحرِّمه فإن الأصل فيه هو الندب، وكذلك هو الشأن في جملة من الأبواب الواسعة التي نشأت في مجال الوقف في هذا المجال.

القضية الأخرى وهي القضية المحورية وهي تحكيم المقاصد في جملة الآراء الفقهية. إن الآراء الفقهية التي ورثناها من أئمتنا الكرام إنها آراء لا نحسبها أنها لم تستصحب هذه المقاصد، ولكن الاحتكام إلى المقاصد عندما تحتدم الآراء عندها تكون في هذه المقاصد؛ لأن المقاصد عندها تكون وسيلة من الوسائل الترجيحية التي نحسب أن

اللواذ بها قد يمكننا من الوصول إلى ذلك الحكم المراد للشارع في هذه المسائل المختلف فيها.

وفضلاً عن هذه الجزئية هي قضية المآلات، وأنا أستغرب هنا أن جملة من المصطلحات وهي كثيرة في تراثنا الإسلامي عندما تُستخدم تُستخدَم لا للتعبير عن تجريم شخص أو نسبته إلى خطأ أو غير ذلك، فمصطلح «رحمك الله يا زيد» أو «رحم الله فلاناً» و«غفر الله لفلان» إن العرب لا يستخدمون هذه المصطلحات للدلالة على أن زيداً أو عمرو ارتكب حراماً أو معصية ـ رحمه الله ـ ورحم مَن فهم ذلك. فهنا الترحُم واسترحام والاستغفار ليس القصد من أن مَن فعله ارتكب خطأً أو ارتكب معصية حتى يستحق مغفرة، وكما قال النبي ﷺ: «يستغفر الله في اليوم أكثر من مائة مرة»، لم يكن ذلك لأنه كان يرتكب ذنوباً ولكنه من باب أن الإنسان بحاجة ماسة دائماً إلى رحمة الله الواسعة وإلى مغفرته سواء أخطأ أو لم يُخطئ لأننا بحاجة إليها.

والقضية الأخيرة التي أود أن أقف عندها هي أن مقاصد الشرع في المسألة الوقفية من أهم هذه المقاصد، هو: التكثير والإكثار من باب التبرُع، فلذلك القول بحصر الوقف في التأبيد يتعارض مع هذا المقصد، عندها يكون اللجوء إلى المقصد وهو استرجاع أن الوقف كما يكون في الأعيان إنه كذلك يمكن وينبغي أن يكون في غير الأعيان، بل إذا كان الوقف المؤبّد هو الذي يحقق هذا المقصد وكان هنالك إمكانٌ للوقف المؤقت فكما قاله الإمام مالك رحمه الله وغيره من الأئمة الذين رأوا أن التوسُع في دائرة الوقف أو التوسُع في أن الوقف كما يكون مؤبّداً فإنه كذلك يكون مؤقتاً. عندها سنخرج أن كل جملة المجالات الواسعة في الصكوك والأسهم والسندات وما ستجود به الأيام في الأيام القادمات من مجالات التبرع ينبغي أن نرحب بهذه المجالات الواسعة المستجدة وألاّ نحصر الوقف في دائرة من الدوائر، بل لا ينبغي لنا أن نجعلها في الوقف فقط، مَن أراد أن يحبس ماله حبساً مؤبداً فمرحباً به، ومَن أراد أن يحبسه حبساً مؤقتاً فمرحباً به. وحبسه مؤقتاً أفضل من عدم حبسه.

ولذلك هنا أعتقد أن المرحلة تقتضي أن ننتقل بالمسألة الوقفية من الدائرة التقليدية التي عكفنا عليها فترة من الزمن لكي نتحدث وننقل هذه التجربة في دائرة أوسع، عندها فيه ضمان للاستمرارية لهذه المشكلة الفقهية التي بدأها الأولون ولكنهم لم يأمروننا أبداً أن نقف عند النقطة التي وقفوا عندها، فلا بد من مواصلة السير، وهذا السير يقتضي أن نرحب بكل ما يحقق مقصداً من مقاصد التبرع في هذا المجال.

رحم الله الجميع، وشكراً جزيلاً، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور صالح بن عبدالله بن حميد (الرئيس):

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

حقيقة مداخلتي هي تساؤل، فقد اتفقت الأبحاث على جواز وقف الأسهم وذكرت حقيقة من الأدلة ما يقوي هذا الجانب، ولكنني أطرح تساؤلاً وأشدّد على أنه مجرد تساؤل:

هل يمكن التفرقة بين أمرين:

الأول: أن يوقف الإنسان أسهماً يملكها؟ فهذا الأرجح جوازه كما في ورد في البحوث.

الثاني: استبدال الأسهم بأوقاف نُزعت ملكيتها. فمعلوم أن إدارات الأوقاف عندها أموال لعقارات نُزعت ملكيتها، فهل تُستبدل بأسهم مع عظم المخاطرة في هذا؟ والفقهاء السابقون ـ رحمهم الله ـ وضعوا من الإجراءات والاحتياطات والسياسات والتدابير ما يحفظ الأوقاف بل أبطلوا بعض شروط الواقفين إذا كان فيها مساس ويُخشى من الضياع للأوقاف.

أقول: في الحقيقة هذا تساؤل أطرحه، وبالله التوفيق.

الدكتور محمد عبدالغفار الشريف:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

بداية أحببت أن أُبيِّن أن هذه الموضوعات قد أُثيرت في منتديات الأمانة العامة للأوقاف بالكويت (المنتديات الفقهية)، وإن شاء الله أرجو في المستقبل أن نتعاون مع المجمع الموقر، وأن نبعث لكم ما صدر من توصيات وقرارات، وأيضاً أبحاث عن هذه المنتديات لكي يكون هناك تعاون وتواصل.

القضية الأخرى وهي قضية مهمة: أن الكثير من الإخوة الباحثين وخصوصاً في هذا الموضوع وفي موضوعات أخرى دائماً يركزون أو يرجعون إلى المقاصد والمآلات، وهذا الموضوع يريد ضوابطاً حتى لا يكون الأمر على إطلاقه، لأن الإغراق في مثل هذه القضايا قد يؤدي إلى أن تكون الأحكام الفقهية غير متجانسة أو غير متناسقة، ولذلك نجد أن الفقهاء والأصوليين قد أدرجوا المقاصد التي لها ضوابط في القواعد الفقهية أو في الأصول، مثل: «الأمور بمقاصدها» و«المشقة تجلب التيسير»، إلى آخر هذه القواعد والتي هي مقاصد أصلاً، مقاصد شرعية. أما التي هي حِكَمٌ والحِكَم لا ضوابط لها، فيمكن أن يُستعان أو يستفاد منها إذا دعمتها الأصول الكلية للشريعة.

أما قاعدة المآلات فهي قاعدة مُختلف فيها، ومعروف ذلك حيث يريدها أصحاب كُتب الأشباه والنظائر بصيغة الاستفهام وليس بصيغة الإقرار، ولذلك يجب أن نكون دقيقين خصوصاً أن الذين يتكلمون من الفقهاء ومن الأصوليين. وشكراً لكم.

الشيخ بدر الحسن القاسمي:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

أريد أن أذكّر بأن الأبحاث المتعلقة بالوقف معظمها وجيزة

ومختصرة ورصينة، وسهلة الاطلاع حتى ولو لم تكن البحوث واصلة للأعضاء والخبراء. أنا عندي تقدير كبير للإخوة الباحثين ومن بينهم الدكتور محمود السرطاوي، كما هو المعهود منه، لأنه دائماً يؤصل تأصيلاً دقيقاً، فبحثه كأنه خلاصة لما كُتب في هذا الموضوع وفيه زيادة.

الوقفة الوحيدة فقط على ما كتبه الدكتور فيما يتعلق بثالثاً: «يجوز وقف أسهم البنوك التقليدية الربوية في الأوقاف الخيرية لا الذرية»، أنا لا أعترض وأنتظر ما يصل إليه المجمع من قرار، لكن أرجو من لجنة الصياغة أن تتجاوز ذكر الربوية؛ لأنه في حالة إقرار هذا الجزء يكون أفضل؛ حيث سيكون هناك انسجام بأن المجمع يقصد تشجيع الصيرفة الإسلامية، ويريد إنقاذ الأمة بشكل عام من التعامل الربوي. فإذا كان هناك نص صريح بأن الأسهم للبنوك التقليدية الربوية فربما يُفهم أن هناك تشجيعاً مبطناً أو تزكية لمثل هذا التعامل. فنظراً إلى هذا الهاجس أتوقع بأنه إذا أقرّ من قبل المجمع بأن وقف أسهم البنوك التقليدية الربوية يجوز، ففي حالة إقراره أيضاً يجب ألاّ يذكر الربوية أو التقليدية بل يُذكر وقف الأسهم، وإلا أساساً هذا الموضوع موضوع نقاش. وشكراً.

آية الله الشيخ محمد علي التسخيري:

بسم الله الرحمٰن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وآله وصحبه. الشكر للعارض الكريم ولأصحاب البحوث واجبٌ علينا.

النقطة الأولى: الوقف سبيل رائع وله اتجاه واحد، يعني يتجه من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة، وهو يترك أثره في الإنفاق على الخير، كما أن الحيازة والإحياء هو اتجاه من الملكية العامة إلى الملكية الخاصة. شيء جيد الوقف يستفيد من غريزة حب الذات والتملك ليوجه الملكية الوجهة المطلوبة إلى الأبد.

النقطة الثانية: المعيار الذي يحقق مقومات الوقف هو أصلٌ يُحبَّس

وثمرةٌ تُسبَّل، وحينئذ لا مانع من أن يكون هذا الأصل عيناً أو حقاً أو منفعةً مستمرةً، أو حتى مجرد ملكية ومالية، وهو ما يمكن تصوره في وقف النقود.

النقطة الثالثة والتي ألحظها: أن نية القُربة من جهة والتأبيد من جهة أخرى يقوّمان عملية الوقف وإلا فلا يحصل وقفٌ، ولا يتم فهمٌ شرعي للوقف ولا سيرة مستمرة، السيرة التي نلحظها هي القربة والاتجاه التأبيدي، وفرق كما هو واضح بين الحبس والوقف، هذا الفرق ليس فرقاً اعتباطياً، إذا كان وقفاً. فالوقف على ما أوقفها أهلها ويبقى إلى الأبد على ما أوقفها أهلها ولا يمكن التصرف فيها، أما الحبس فهو لا يخرج الأمر عن الملكية ويستطيع صاحب هذا أن يُرجعه إلى حالته.

النقطة الرابعة: هناك تصور لموارد جديدة لعملية الوقف يجب أن نوظفها في هذا المعنى. هناك مجال محافظ التأمين، وهناك مجال صرف الاحتياطيات في بعض العقود، وهناك مجال وقف الأموال العائدة من الربا، هذه موارد يجب أن يستخدمها المجتمع الإسلامي لتقوية عملية دعم الإنفاق العام والأوقاف في المجتمع. شكراً جزيلاً.

الدكتور عبدالله مبروك النجار:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

الوقف مبناه على الإحسان والتفضل، وكما هو معلوم فإن عقود الإحسان يُتسامح فيها ما لا يُتسامح في غيرها، ولذلك فإن الأمر إذا تردد فيها بين القول بالجواز وعدم الجواز فإن الذي يترجح هو الجواز لقول الله تبارك وتعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ﴾.

وانطلاقاً من هذا الأصل فإنني أتفق تماماً مع ما ذكره الأستاذ الدكتور حمزة بن حسين الشريف الفعر من أن ما ذكره الفقهاء في الكُتب عن الأموال التي يجوز وقفها والتي لا يجوز إنما هي اجتهادات فقهية،

بل أضيف إلى ما قاله: إن النصوص التي تحدثت عن هذه الأموال إنما هي نصوص إرشادية إن دلّت على جواز الوقف فيما نطقت به من الأموال، فإنها تدل بمفهومها على جواز وقف كل مال يتفق مع هذه الأموال في الغاية والمقصد وهي حبس العين وتسبيل الثمرة.

كذلك أيضاً تجوز الحقوق الشخصية أو الديون الشخصية التي هي في ذمم الآخرين للناس. ما الذي يمنع أن يكون لي حق عند إنسان وهذا الشخص المدين قد يكون شخصاً معنوياً وقد يكون شخصاً طبيعياً، وأُقرر أن أحبس ما في ذمته لي من المال عند قبضه ليكون وقفاً في سبيل الله وتكون ثمرته وقفاً؟

كذلك أيضاً الكلام عن الحقوق المعنوية، الحقوق المعنوية لها شقان: شق أدبي، وهذا يتعلق بنسبة المؤلَّف إلى مؤلِّفه، وهذا الحق مؤبد إلى يوم الدين لا يسقط عن صاحبه لأنه كنسب الدم، كما أن نسب الولد إلى أبيه لا يسقط فإن نسب المُصنَّف إلى مُصنِّفه أو الكتاب إلى مَن ألّفه إنما هو نسبٌ أبدي ثابت لا يجوز أن يسقط أبداً.

هذا الحق الأدبي له حق مقابل ويترتب عليه وهو الاستغلال المادي لهذا الحق. الحق الأدبي مؤبد، والحق المالي مرتبط به، والقوانين الوضعية التي تُنظم هذا الحق تجعل المالي الذي يأخذه المؤلف من مُؤلَّفِه مقيد بطول حياته ثم يمتد فترة زمنية بعد هذه الحياة، قد تكون خمسين عاماً وقد تكون أقصر من ذلك أو أطول في بعض القوانين. فإذا مضت هذه المدة التي هي مدة الاستغلال الشخصي للمؤلِّف يسقط المؤلَّف فيما يسمى بالملك العام، أي يصير ملكاً للمجتمع، ويحكمه نظام ملكية يُشبه نظام الوقف الذي ينتقل فيه الحق الخاص إلى الحق العام كما قال فضيلة الشيخ التسخيري.

ولذلك فإن وقف المؤلفات والذي هو الوقف الأدبي أو الحقوق الأدبية، أو الحق المشترك بين الحق الأدبي والحق المالي، والمصنفات والمبتكرات وغيرها فيها جانب مالي، وهذا الجانب المالي له صفة

الدوام والتأبيد لأن الكتاب يُنتج عائداً مادياً في أي وقت يُطبع فيه، ونحن نطبع الآن كُتباً لمؤلفين تمّت في القرن الثالث الهجري والثاني وما زالت تُعطي عائداً وتُدرُّ دخلاً حتى وقتنا هذا وهي تُنشَر منسوبةً إلى أصحابها ومؤلفيها الذين ألفوها في تلك القرون القديمة. ولذلك فإن وقف الحقوق الأدبية إنما هي من قبيل الوقف الدائم وليس من قبيل الوقف المؤقت. وشكراً لكم.

الدكتور يوسف الشبيلي:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

أتفق مع ما ذهب إليه معظم الباحثين من أن وقف الأسهم يأخذ حكم وقف المنقولات. فالأسهم وإن كانت في أصلها تُمثل حصصاً مشاعة في شركة مساهمة، وقد يكون من موجودات هذه الشركة المساهمة بعض العقارات إلا أن الأسهم بما أنها قابلة للتداول وتُباع وتُشترى فتأخذ حكم المنقولات، وهذا ما ذهب إليه معظم الباحثين في أبحاثهم بأن وقف الأسهم يأخذ حكم وقف المنقولات. لكن هناك عدة مسائل متعلقة بوقف الأسهم لم أجد أن الأبحاث تعرضت لها.

المسألة الأولى: ما يتعلق بأسهم المنحة، فالشركة المساهمة قد توزع أسهماً منحة بدلاً من أن توزع أرباحاً نقدية على المساهمين. فإذا كانت هناك أسهم موقوفة وترتبت على هذه الأسهم الموقوفة أسهماً منحة، فهل تأخذ أسهم المنحة حكم الوقف الأقرب؟ الله أعلم. إنها لا تأخذ حكم الوقف لأنها ناتجة عن ريع الوقف وليست من أصل الوقف، فلا يلزم تحبيسها كأصل الوقف، فهي مثل التوزيعات النقدية التي توزع على الأسهم.

المسألة الثانية: ما يتعلق بالشركة الوقفية أو الشركة المساهمة الوقفية، وهي ما يعرف في الأنظمة الغربية بـTrust Company، فهذه في الحقيقة تُعد من أهم الأسباب أو من أهم الوسائل التي استُخدمت في

الغرب لدعم الأوقاف ودعم الجامعات وغيرها بحيث تُنشأ شركة وقفية تكون كل أنشطتها وقفية. فهذه حبذا لو كان للمجمع دور في توعية الناس بها، وصدور القرارات التي توجه العامة إليها.

المسألة الثالثة: فيما يتعلق بوقف الوحدات الاستثمارية في الصناديق الاستثمارية. فهذه الأقرب أنه يصح وقفها وتأخذ حكم وقف النقود المعدّة للمضاربة، وقد نصّ على جوازها المالكية وأكثر الحنفية، وهو قول عند الحنابلة، لأن هذه النقود وإن كان لا يُتصور الانتفاع بها مع بقاء عينها إلا أن بدلها يقوم مقامها لعدم تعينها فيصح وقفها بناءً على مَن يرى جواز وقف النقود إذا كانت معدّة للمضاربة ولا تُستهلك بالانتفاع بها.

المسألة الرابعة: فيما يتعلق بوقف المنافع. الذي يظهر والله أعلم أن المنافع التي لا يمكن استيفاؤها إلا بإتلافها مثل: الخدمات التعليمية، والخدمات الصحية، ومنافع العقار، ونحو ذلك، فهذه لا يصح وقفها، لأن من المتفق عليه بين أهل العلم كما ذكر ابن قدامة رحمه الله وغيره من أهل العلم أن من شروط الوقف أن تكون العين الموقوفة مما يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، لأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة. ومنع الوقف في هذه المنافع لا يعني تضييق دائرة التبرع. فالتبرع بهذه الخدمات والمنافع يُعد صدقة أو تبرعاً محضاً وليس من الوقف، لأن الوقف شركه تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة أو المنفعة. أما المنافع الدائمة وهي التي تبقى مع استيفائها مثل تسبيل حق المرور، وكذلك الحقوق المعنوية المعاصرة كالعلامة التجارية، والاسم التجاري، وحق التأليف، فهذه لكونها باقية ولا تتلف وتزول بالانتفاع بها، فالأقرب أنه يجوز وقفها لانطباق معيار الوقف أو شرط الوقف عليها. والله أعلم.

الدكتور العياشي فداد:

شكراً معالي الرئيس، والشكر موصول للعارض الكريم ولجميع الباحثين. استكمالاً لما تفضل به الدكتور يوسف الشبيلي في وقف

الأسهم والصكوك، فبطبيعة الحال اتجه الباحثون جميعاً إلى جواز وقف السهم على أساس جواز وقف المشاع، وهو أمر مقبول لكن هناك مسائل ذكر طرف منها الدكتور يوسف، وأنا أيضاً وجدت أن الباحثين ربما لم يشيروا إلى بعض القضايا منها: قضية مهمة، في وجهة نظري، وهي تتعلق بمكونات السهم وأثره في الوقف. فنعلم جميعاً أن السهم يتكون من مكونات عدة إما نقوداً، أو ديوناً، أو منافعاً، أو خلطة من هذه الأشياء. فإذا كان السهم يُمثل نقوداً فكيف يكون الحكم؟ وإذا كان يمثل نقوداً لم أجد للباحثين تعرُّض لهذه المسألة بالتفصيل.

الموضوع الثاني: أؤكد على موضوع منتدى قضايا الوقف الفقهية الثالث، الذي سبقني إليه الدكتور محمد عبدالغفار الشريف. في الحقيقة المنتدى الثالث الذي عقد في الكويت في ١٤٢٨هـ ناقش بالتفصيل هذا المحور، والمجمع الكريم الموقر اتخذ عادة أن يستفيد من المنتدى في توصياته وقراراته، ففي قرار الاستثمار تبنى توصيات المنتدى الثاني بالكامل وأضاف إليها بعض القضايا، وأرجو من لجنة الصياغة أن تركز على ما صدر من توصيات المنتدى الثاني في مسائل الحقوق المنافع والأسهم.

المسألة الثالثة: أشار إليها الدكتور أحمد بن حميد في موضوع مسائل الاستبدال في الأسهم. أيضاً الباحثون لم يتعرضوا بالتفصيل لقضايا الاستبدال إذا قلنا بوقف الأسهم، فهل يمكن استبدال الأسهم إذا تعرضت للخسارة؟ بعض الباحثين تعرضوا فقط لصورة التصفية، لكن إذا تعرضت للخسارة هل يمكن أن نستبدل هذه الأسهم بعقارات مثلاً ونعتبرها من قبيل العقار الخرب؟ وهل يمكن استبدال الأسهم لمجرد طلب الزيادة في الريع؟ أيضاً هناك صور ذكرها بعض الباحثين مثل: استئجار الشقق وجعلها مسجداً، واعتبروها من قبيل الوقف المؤقت. في الحقيقة الفقهاء، فيما اطلعت عليه، اعتبروا أن المسجد مؤبّد لا يمكن أن يكون مؤقتاً إلا إذا وضعت هذه الشقق كمصليات فقط ثم بعد ذلك تعود لأصحابها، أما إذا كانت بصيغة مسجد فلا أعتقد أنه من الممكن أن تكون مؤقتاً.

بالنسبة لبحث الدكتور منذر فهو بحث جيد وقدير، ذكر مسائل عديدة أعتقد أنها يمكن أن تثير نقاشاً، ومحورها هل تتوافر فيها شروط الوقف أم هي من قبيل التبرع المحض. وشكراً لكم.

الشيخ أحمد المبلغي:

هناك محاولات ثلاث لإثبات صحة وقف المنافع أو وقف المنفعة:

الأولى: محاولة إمكان إثبات جريان التحديث في مثل هذه الموارد وعلى رأسها المنفعة وحقوق الملكية وغيرها. والمشكلة التي تواجهها هذه المحاولة أن المستفاد من النص الشرعي كون ركن الوقف متعدداً وهو الأصل الذي يُحبّس والثمرة التي تُسبَّل، إلا أن نقول: إن المنفعة التي تتوجه إليها عملية التحبيس يوجد لها أصل وهو المنفعة الكلية الشأنية وثمرته المنفعة الفعلية التي يتحصل عليها الموقوف عليه.

الثانية: محاولة نفي الركنية للتحبيس انطلاقاً من مناسبات الحكم والموضوع في النص الشرعي الوارد عن النبي الأعظم صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله يستفاد أن تركيز الشارع كان على التسبيل، وهذا رأي أبو الصلاح الحلبي.

الثالثة: محاولة إثبات سعة دائرة الوقف عند الشرع في أساسه وواقعه، وهذه السعة فقدت في ذهنياتنا الفقهية بسبب عودنا على مصاديق قديمة. الوجه الذي يمكن ذكره لإثبات ذلك هو ما وقع في الفقه من توسعة من جانب بعض الفقهاء في الوقف، حيث حاولوا إدراج بناء المسجد في عداد الوقف مع أن الذي ورد في النص الشريف هو: «مَن بنى مسجداً». وبعد أن وقعت هذه التوسعة حصل التفتُّن إلى الاختلاف الفاحش بين وقف المسجد وغيره، وقالوا: إن وقف المسجد هو وقف تحرير في قِبال وقف تمليك. ووقف تحرير يعني: إزالة العقلية الملكية وإخراجها عن دائرة وقوعها ملكاً. وهذه التوسعة قد انطلق إليها

الفقهاء الأوائل من منطلق مرتكز متشرعي لهم حول سعة دائرة الوقف. وهذا المرتكز بعينه يملي علينا القيام بتوسعة أخرى في هذه الظروف الراهنة في الوقف، وهي إدراج المنافع والحقوق والموارد المشابهة لهما داخل عنوان الوقف. وشكراً.

الدكتور محمد بن يحيى بن حسن النجيمي:

بسم الله الرحمٰن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وأصلي وأسلّم على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا وسيدنا محمد ﷺ وعلى آله وصحابته أجمعين، أما بعد:

قضية وقف المنافع قضية حساسة ومهمة وخاصة فيما يتعلق بالمساجد. هل المصليات قد تتحول إلى مساجد، إذا قال: قد جعلت هذا مسجداً مؤقتاً؟ هذه قضية أتمنى من المجمع أن يحسمها لأنها بالنسبة للأقليات الإسلامية في الغرب كثيراً ما توقف أماكن معينة مؤقتة.

الدكتور حمداتي شبيهنا ماء العينين:

بسم الله الرحمٰن الرحيم، اللهم صلِّ على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلّم تسليماً.

إن فقهاء الأمة الإسلامية بحثوا الوقف، وأحكامه، ومآلاته، وخصائصه بما فيه الكفاية، فاستخرجنا منها نحن الأحكام التي تلائم بعض الصور التي قذفت بها الوقائع في ساحة التعامل فيما بيننا، ولكن بقيت أسئلة منها ما يتعلق بما سمعناه في العرض الذي قدّمه العارض مشكوراً ببلاغته وحُسن إلقائه، فقد استمعت أنه إذا استعلمت نقود الوقف في مصرف أو في مصنع يبقى حق الوقف متعلقاً بذات النقود وليس بالتعامل أو التصرف في ذلك المصنع، ويمكن بيعه وشراؤه ويبقى حق الوقف متعلق بالنقود. هذه الحالة بالذات تجر إلى منع أصحاب الوقف من ريع نقودهم ومن تتبع العين التي هي في ملك وعاء الوقف،

لأنه يبقى الحق العيني متعلق بهذه العين التي شُيدت من أموال الوقف، وبالتالي لا يمكن أن يقال على أنه حق الواقف. حق الوقف يتعلق بالنقود وإنما هو حق يشمل مجموع عين ذلك المصنع وصار التصرف فيه يجب أن يخضع لمسطرة بيع الوقف أو تحوله، لأن هذه هي غاية المحبِّس.

تبقى الأسئلة الأخرى التي أريد طرحها وهي ربما تكون لا تعجب الجهات الإدارية المتعلقة بالوقف. فالواقف في الوقف الموقوف على شخص معين مدة عمره ـ الوقف العمري عندنا في المغرب ـ أو الوقف الخيري الذي هو يرجع لعامة المسلمين عادة، الواقف يقول في رسم الوقف: «ولجميع المسلمين ومَن بدّل وغيّر فالله وليه». فإذا كانت هذه العبارة تعم عامة المسلمين وعلمنا أن الأمة الإسلامية ليست فيها جنسيات «المسلم في دار الإسلام هو في بلده»، فما هي تصرفات الجهات الخيرية التي تشرف على الوقف مع هؤلاء المسلمين الذين يقدمون عليها من بلاد أخرى وليس لهم أي شيء، هل شيّدت خيريات لأولئك المسلمين؟ هل هي تحصيهم فتعطيهم من حق الوقف؟ نحن نرى أنه هناك جهات إدارية أصبحت تتحكم في الوقف فربما تصرفه في نفع عام ولكن لا تحترم فيه إرادة المُحبّس.

إذن المطروح على مجمعنا الموقر هو الأحكام، وهي موجودة ولا تعوزنا لأنها مكتوبة في الأمهات الموجودة بين أيدينا وخرجت قرارات فيها من هذا المجمع وفي جهات معينة كانت قد تعاونت معه. في المغرب مثلاً قبل أسابيع كانت ندوة للوقف حضرها جل هؤلاء العلماء. فالذي ينبغي أن نركز عليه هو أولاً احترام عين الوقف، وكل ما اشتري من مال الوقف فهو وقف. ثم أيضاً استفادة مجموع المسلمين من مال الوقف في بلد معين إذا كانوا لا يحملون الجنسية لذلك البلد. وشكراً لكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور عبداللطيف جناحي:

بسم الله، والحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله.

إنني سأنتقل بكم إلى الناحية العملية، إذ لن نجني فائدة كثيرة من هذه البحوث القيِّمة إذا لم تنزل إلى أرض الواقع ولم تجد سبيلها إلى التنفيذ وبقيت حبيسة الأدراج والرفوف.

عندما كانت لي صلة بالوقف وجدت أن هناك عزوفاً شديداً عن الوقف، وأن الأوقاف التي نديرها هي أوقاف أُوقفت منذ زمن بعيد، ولا يوجد شيء جديد، فأردت أن أقف على الأسباب، وقمت بمسح ميداني عشوائي لعدد من الدول، وخلصت إلى أن هذه المشكلة مشكلة عامة. وعندما نظرت إلى الأوقاف في أوروبا وأمريكا وجدت أن الأوقاف هناك نشطة، وحجم الأوقاف في أمريكا وأوروبا أضعاف مضاعفة بل مئات من الأضعاف بالنسبة لحجم الأوقاف في دولنا الإسلامية، رغم أن ديننا يدعو إلى الإحسان. فكان لا بد أن نقف على الأسباب، لماذا هذا العزوف؟ فوجدت نوعاً من عدم الثقة في إدارات الأوقاف وهي إدارات تحت إشراف حكومي بينما المفروض أن تكون مستقلة نهائياً. وهناك تجاوزات عن حسن نية من العاملين بالوقف لعدم الفهم. الواقف يا معالي الرئيس عندما يوقف تنقطع صلته عندنا بالوقف، وهذا ليس كذلك في البلاد غير الإسلامية.

إذن لا بد حتى نُعزّز الثقة في الوقف وحتى نُنشط الأوقاف يجب أن نعمل على استمرار صلة الواقف بما أوقف هو أو ورثته من بعده.

وسيلة من الوسائل التي أرى أن تتبع بأن ميزانية الأوقاف يجب أن يُعقد لها جلسة سماع، يحضر هذه الجلسة جميع الواقفين أو ورثتهم حتى يتيقنوا بأن شروطهم قد نُفذت، وحتى يتيقنوا أن الإدارة ومسيرة العمل مسيرة منضبطة، وحتى يستوفوا جميع متطلبات الشفافية.

أيضاً لاحظت أنه لا يوجد معيار محاسبي للوقف، فاتفقت مع

هيئة المعايير المحاسبية في البحرين أن تُصدر معايير خاصة بالوقف، وجزاهم الله خيراً عقدوا عدة ورش عمل حتى يُصدروا هذا المعيار.

وأنا أقترح هنا ما يلي:

١ ـ أن يكون هناك اتصال بين أمانة المجمع وهيئة المعايير المحاسبية حتى تقف أمانة المجمع على نتائج أعمال هيئة المعايير المحاسبية.

٢ ـ أن يتم في المؤتمرات القادمة استكتاب الإداريين لكي يكتبوا أبحاثاً في إدارة الوقف.

٣ ـ تعلمون أن المجمعات والهيئات بما فيهم هيئة الأمم المتحدة تشكو من قلة الموارد وعدم دفع الالتزامات، فلماذا لا نقوم بنوع من الحملة لكي توقف بعض الأوقاف لصالح المجمع خاصة وأن عمل المجمع عمل من أعمال الخير. وشكراً لكم.

الشيخ عبدالله بن منيع:

بسم الله الرحمٰن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلّى الله وسلّم على سيدنا ونبينا محمد، وعلى آله وأصحابه أجمعين.

في الواقع مداخلتي تتلخص في نقاط أربع، أود أن أوجزها إيجازاً كاملاً.

أولاً: ما يتعلق بالوقف المؤقت. لا يخفى بأن الوقف مبدؤه هو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة. فالتحبيس والتوقيف والتأبيد كل ذلك يتعارض مع تأجيل أو تأقيت بالوقف. وبناءً على هذا سمعت من بحوث إخواننا ومداخلاتهم ما ذكره بعض أهل العلم في ذلك، لا نقول بأن هذا قول جديد أو شيء من هذا، بل ينبغي أن يكون لدينا أولاً المصير إلى المقصد الرئيسي من الوقف وهو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة،

ورسول الله ﷺ يقول: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث»، وذكر من ذلك «صدقة جارية»، والصدقة لا تكون جارية إلا باستمراريتها استمراراً نسبياً لأن البقاء لله سبحانه وتعالى.

ثانياً: ما يتعلق بما سمعته من جواز أو من القول أو من عرض مسألة الأسهم في شركات غير مباحة، إما أن يكون وجه عدم إباحتها من حيث الكسب بحيث إنها تأخذ وتعطي الربا ونحو ذلك، أو أن يكون نشاطها في الأصل نشاطاً محرّماً كالمتاجرة في إنتاج المخدرات والخنازير والإعلام الإباحي ونحو ذلك. ففي الواقع الله سبحانه وتعالى يقول: ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾. فينبغي لنا أن نُعنى بما نقدمه ابتغاء وجه الله سبحانه وتعالى، وألاّ يكون مكاسب غير صحيحة. صحيح بأن مجموعة من الفتاوى صدر لمجموعة من علمائنا المحققين بأن الإنسان إذا أودع ماله إيداعاً على سبيل حفظه في بنك ما لا على سبيل استثماره وجاءه عائد أو فوائد ربوية نقول: خذها ولا تضفها إلى مالك وإنما أخرجها في أي وجه من وجوه الخير.

ثالثاً: ما يتعلق بصرف غلة الوقف في تنمية الوقف نفسه. وهذا مخالف لما عليه الوقف لأن الوقف أصله تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة. فالمنفعة الآن حينما أصرفها دائماً وأبداً بعض الأوقاف في تنمية الوقف، فهذا يعني أنني عطّلت المنفعة. فيجب أن تصرف المنفعة صرفاً كاملاً، إلا أن يكون من المُوقِف نفسه نص في جهات الوقف أو في جهات الصرف من هذا الوقف على أن يكون جزء من ذلك لتنمية الوقف، فهذا في الواقع مما اشترطه المُوقِف، وشرطه معتبر في هذا الأساس.

رابعاً: أنا أُشيد بما تفضل به الشيخ عادل قوته في أدبه وفي ملاحظاته على إخوانه، فكان في الواقع مؤدباً في هذا، وأنا حينما أُشيد به في هذا الموقف لا يعني أنني أتفق معه في هذه الملاحظات، لكنني أتفق معه في الأدب الذي سلكه وأتمنى أن يكون هذا هو منهجنا جميعاً. فنحن جميعاً إخوة لنا في الواقع في نفوس بعضنا لبعض المحبة

والتقدير والاحترام، واحترام الرأي نفسه، وفي نفس الأمر هذا لا يكون على حساب إبداء وجهات النظر ونحو ذلك، فشكر الله للجميع، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الدكتور عجيل جاسم النشمي:

بسم الله الرحمٰن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلّم أجمعين.

ملاحظتي تعرّض لها تماماً الشيخ عبدالله بن منيع. ورد في أحد الأبحاث قول الباحث الكريم: «جواز وقف أسهم الشركات الربوية لأنها تُقوَّم بالمال في نظر الشرع». الذي يظهر أن هذا الوقف يتنافى مع شرط التوبة من الربا لقوله تعالى: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ﴾. فالواجب التوبة وأخذ رأس المال الحلال، فإن أراد وقف الأسهم فينقل رأس المال إلى أسهم حلال، ثم إن الوقف مقصودُه البر والأجر، وهذا لا يكون في مال ملوثٍ بالربا، لأن الذي سيُنفق من المال هو هذا الريع، وهو ريع خبيث لم يُملك بطريق مشروع، لأن الربا ليس طريقاً للتملُّك، والوقف فرع التملُّك. كما أن الوقف يخرج من ملك الواقف إلى ملك الله، فلا يخرج من ملك الواقف بنية القربة إلى ملك الله إلا الطيب الطاهر من المال. فأرى مَن تورط في مال ربوي يتخلص منه بالتوبة ثم يُنشئ وقفاً جديداً إن أراد. وشكراً.

الدكتور إبراهيم فاضل الدبو:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

في الحقيقة لا أريد أن أكرر ما ذكره إخوتنا الباحثون في بحوثهم جزاهم الله عنا كل خير، ولا أريد أن أكرر ما ذكره الإخوة الذين علّقوا على تلك البحوث، ولكن لديّ ملاحظتان:

الأولى: أنه ينبغي احترام إرادة الواقف عند الوقف، وعدم الاعتداء

على الأموال الموقوفة كما يحصل في بعض بلداننا الإسلامية. فهناك بعض البلدان قامت بتفتيت الأموال الموقوفة وضاع الوقف ولم يراعوا في تصرفاتهم شرط الواقف، فينبغي لمجمعنا الموقر أن يُبيِّن ذلك لمَن يتولى الوقف أو لناظري الوقف، لأن عليهم بأن يراعوا حق الواقف ويراقبوا الله سبحانه وتعالى في تصرفاتهم في الأموال الموقوفة، إذا كانت أموال الدولة يجب المحافظة عليها فالأموال الموقوفة من باب أولى يجب المحافظة عليها.

الثانية: الحقيقة لديّ تحفظ على ما ذكره بعض الإخوة الباحثين عندما تطرّقوا إلى وقف رأس المال وريعه المستغل لدى البنوك التقليدية والذي أشار إليه من قبلي الأخ الفاضل عجيل النشمي. فرأس المال لا مانع من وقفه ويعتبر ذلك توبة بالنسبة لصاحبه ولكن الأرباح التي نمت من تلك الأموال أرباح محرّمة لا يجوز إطعامها لبني الإنسان فكيف نطعمها لفقراء المسلمين؟! لذلك أنا لا أرى جواز إطعامها لفقراء المسلمين ولا استخدامها في الوقف، وإنما تُستخدم ـ كما ذكرنا ذلك في أبحاثنا فيما سبق ـ في الخدمات العامة كتعبيد الطرق وبناء الجسور والحدائق وما أشبه ذلك. والله أعلم.

الدكتور عبدالسلام العبادي:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

أولاً فيما يتعلق باقتراح أن هناك ندوات عالجت هذا الموضوع، وأنه لا بد من الاستفادة منها. نحن نرجو من أي من الإخوان أن ينبّهنا إلى ذلك عندما يجري الاستكتاب حتى نضيف الأبحاث والقرارات التي أخذتها هذه الندوات لما يُقدم للجميع، كما فعلنا سابقاً. وواضح أن هذا الأمر أمر اتخاذ قرارات مجمعية ومع احترامنا لما قدِّم من جهود سابقة، فإن المجمع هو المرجعية الفقهية للأمة، وبالتالي صدور القرار من المجمع أمر في غاية الأهمية في الموضوعات التي بحثتها الندوات والمؤتمرات.

لا أريد أن أطيل وأود أو أشير فقط فيما يتعلق بالحق وتعريفه إلى قضيتين:

القضية الأولى وردت بعض العبارات وتشير ـ وهي منقولة عن كبار العلماء ـ أن الملك درجة أقوى من الحق. المقصود هنا الحق بالمعنى الجزئي التفصيلي، بمعنى حقوق الانتفاع وحقوق الارتفاق وليس الحق بالمعنى العام، لأن الملكية نوع من أنواع الحق بل هي أعلى درجات الحقوق. فلذلك عندما تطلق هذه العبارة فالمقصود هذا المعنى وليس المقصود أن الحق بمعناه العام أقل من الملكية لأن الملكية حق، وقد أوضحت هذه النقطة بالتفصيل في بحثي عن الملكية، وهنالك تعرضت بالتفصيل للنقطة الثانية، وهي موضوع تعريف الحق بأنه اختصاص. الأستاذ الزرقا، رحمه الله، استفاد في تعريفه للحق، ليس من الفقه الغربي، إنما من تعريف القابسي للملك بأنه اختصاص حاجز. ولذلك هذا المعنى، معنى الاختصاص، وجدته أنا بفضل الله للقاضي حسين، وهو فقيه شافعي، حيث عرّف الحق تعريفاً متقدماً اتفق الفقه الغربي معه فيه، والفقيه جاندابان عرّف الحق بأنه اختصاص. القاضي حسين عرّف الحق بأنه اختصاص مُظْهَرٌ فيما يقصد له شرعاً. وهو قمة حقيقة في تعريفات الحق. ولذلك الفقه الغربي لم يسبق إلى تعريف الحق بأنه اختصاص إنما فقهنا الإسلامي، بفضل الله، وكبار علماؤنا عنوا بهذا التعريف.

بقيت قضية أخيرة وهي عندما نطلق لفظ: المالية، يجب أن ننبّه على أن المقصود بالمالية هنا ما أراده جمهور الفقهاء، لأن هناك اصطلاحان في الفقه الإسلامي بمعنى المالية هي اصطلاح الحنفية كما نعلم وعدد من الفقهاء معهم، واصطلاح جمهور الفقهاء؛ لأن العينية جزء من المالية في اصطلاح الجمهور، ونحن نُطلق لفظ الأصل هنا بما يشمل الحقوق والمنافع وغير ذلك، فلا بد أن نشير إلى أن المالية المقصود بها هنا بالمعنى الذي قرره جمهور الفقهاء. وشكراً.

الدكتور يعقوب عبدالوهاب الباحسين:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

معالي رئيس المجمع، معالي الأمين العام، حضرات العلماء المحترمين.

لي تعليقات أو كلام حول بعض ما دار في هذه الجلسة، وليس في أساس الموضوع. لقد ذُكر كلام في الفرق بين الحبس والوقف، ونبّه بعض الإخوة بأن هناك فرقاً بين الأمرين وأنه ينبغي أن تُحدَّد.

الحقيقة أننا إذا نظرنا إلى كُتب العلماء في تعريف الوقف نجد أنهم عرّفوا الوقف بكونه حبساً، وقالوا: «إنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة». وهذا تعريف حنفي، هو حبس العين على حكم الله تعالى والتصدق بالمنفعة. فإذا عرّفوا الوقف بكونه حبساً ونحن نعلم أن بعض البلدان العربية ليس لها دوائر أوقاف وإنما تُسمي ذلك بالحبوس. إذن فالمسألة كما يبدو هي واحدة.

وبالنظر إلى مثل هذا الفهم ولما عُرض أن هناك فرقاً بين هذين الأمرين أجد أن هناك حاجة ماسة تماماً إلى تحديد المصطلحات، وأنه كلما تُكلم عن موضوع فينبغي أن يُحدد بتحديد جديد جامع مانع لا يوجد ثغرة فيه، وهذا طبعاً ينبغي أن يُطبق على كل شيء. ولهذا نجد أن علماءنا القدامى صرفوا كثيراً من جهودهم في تحديد المصطلحات، وفي بيان محترزاتها، وفي نقد التعاريف، وأنفقوا وقتاً كثيراً في ذلك.

الأمر الآخر: الحقيقة أني وجدت أحد الإخوة وهو الأخ العزيز خليفة بابكر الحسن تكلم عن موضوع التخريج، وقال: إن التخريجات أو التخريج لا ينبغي أن يكون على الأمور الجزئية وإنما يُخرج على الأمور الكلية. قد يكون هذا نظرياً صحيحاً، ولكن الواقع حينما ننظر إلى ما كتبه العلماء وإلى ما ذكروه في صفة الفتوى والمفتي والمستفتي ككلام الإمام النووي قالوا: إنه إذا لم يجد العالم نصاً للإمام يُخرج عليه

فحينئذٍ يلجأ إلى التخريج على قواعده. ونفهم من ذلك أنهم كانوا يرون أن التخريج على الفروع الجزئية أقوى من التخريج على الأُسس والقواعد الكلية.

هناك أمر آخر وهو أن الأخ الفاضل الدكتور محمد عبدالغفار الشريف أشار إلى مسألة المقاصد، وقال: إنه ينبغي عدم الاسترسال في ذلك. وهذا الكلام صحيح، المقاصد هي سلاح ذو حدّين. تكلم وقال: إن هذه المسألة مُختلف فيها، وأراد في قوله «مختلف فيها» هل العبرة في الحال أو المآل؟ القاعدة هذه ليست الكلام عن المقاصد، المقاصد إنما هي مقاصد الشارع، هذا هو الذي يُتحدث عنه، وأما المُختلف فيه أن العبرة في الحال أو المآل هو التصرف المُعين، هل العبرة فيما يؤول إليه هذا التصرف أو فيما يترتب عليه في الحال، فالأمران مختلفان. هذا ما أردت أن أُنبّه عليه وأكتفي بذلك، وشكراً لكم.

الدكتور عبدالستار أبو غدة:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

أُعلّق على ما ذكره أخي الدكتور يوسف الشبيلي من أنه لا يمكن أن تُوقف المنافع التي تستهلك، وضرب لها مثلاً بالتعليم، ومثله التطبيب.

أقول: إن هذه أيضاً هي من أنواع الإجارة، إجارة الخدمات أو إجارة الأشخاص، وما دام الشخص موجوداً فالعين موجودة كما هو في وقف الأعيان تُستخدم المنفعة وتبقى العين. فلو أن مؤسسة خدمية، مؤسسة تعليمية تطبيبية وقفت بعض خدماتها، فهذا جائز.

الأمر الآخر بالنسبة لوقف أسهم البنوك وشركات التأمين التقليدية، وأسهم الشركات التي غرضها مشروع ولكن لم تستوف

الضوابط الشرعية. الحقيقة هذا يمكن أن نُخرجه على تبدل اليد. فالحرمة هي على مَن اكتسب هذه الأشياء وتسبّب في الحصول عليها، لكن حينما يُقدمها إلى الوقف تدخل في ذمة أخرى والحرام لا يشغل ذمّتين، فتبدل اليد كتبدل سبب الملك كما في حديث بريرة المعروف لكم. فضلاً عن أن أصلِ السهم حلال، لأنه من ماله، إنما الحرمة هي في الفوائد التي أُلحقت به، وهذه الفوائد هي دَيْن غير صحيح ولا يصح تملكها فيُطبق عليها ما يُطبق على مَن يقف ما لا يملكه مثل الوقف من بيت المال كوقف أولي الأمر، وقديماً السلاطين من بيت المال، الفقهاء عزلوا هذا عن الوقف وقالوا: إنه إرصاد أو تخصيص، وإنه يأخذ بعض الأحكام مع مرونة في تغيير هدفه وغرضه بما يشبهه. فالإرصاد صيغة مهمة جداً وهي تسمى عند الغربيين Trust، وهي في الحقيقة قسيم للوقف ودعم للوقف، والبنك الإسلامي للتنمية وقف وقفاً معروفاً وهو المعهد من هذه الأموال التي لم تدخل في مُلكه بسبب شرعي. والله أعلم.

الدكتور صالح بن عبدالله بن حميد (الرئيس):

شكراً. أُعلن لجنة الصياغة لهذا الموضوع:

- الدكتور منذر قحف (مقرراً).
- الدكتور عادل قوته (عضواً).
- الشيخ حسن الجواهري (عضواً).
- الدكتور حمزة الفعر (عضواً).
- الدكتور خليفة بابكر الحسن (عضواً).
- الدكتور محمود السرطاوي (عضواً).

وأيضاً أُنبّه إلى أنه تأتي أحياناً للمنصة بعض الأسئلة، وطبعاً المكان ليس مكان أسئلة سواء في الموضوع أو خارجه، وتصل أحياناً

استفتاءات في الحقيقة، وهذا ليس مكان استفتاءات، ولهذا الموضوع هو منتدى مجمع علمي متخصص تُبحث فيه البحوث ولا تُوجه في أسئلة، مَن عنده أسئلة قد يتصل شخصياً بمَن يريد أن يسأله، أما أن توجه أسئلة إلى المنصة ويُجاب عنها فأظن أن هذا ليس من الأشياء التي تُطرح في هذا المكان.

وبهذا تُرفع الجلسة، وصلّى الله على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلّم.

ثالثاً: القرار

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار رقم ١٨١ (١٩/٧)
بشأن
وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية والمنافع

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، المنعقد في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من: ١ إلى: ٥ جمادى الأولى: ١٤٣٠هـ، الموافق: ٢٦ ـ ٣٠ نيسان (إبريل) ٢٠٠٩م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص **وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية والمنافع**، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله.

قرر ما يأتي:

أولاً: الوقف من أوسع أبواب الفقه التي تقوم على الاجتهاد، وهو تصرف معقول المعنى مرتبط بمقاصد الشرع، مبتغاه تحقيق مصالح الوقف للواقف والموقوف عليهم.

ثانياً: وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية والمنافع ووحدات الصناديق الاستثمارية:

١ ـ إن النصوص الشرعية الواردة في الوقف مطلقة يندرج فيها

المؤبد والمؤقت، والمفرز والمشاع، والأعيان والمنافع والنقود، والعقار والنقول، لأنه من قبيل التبرع وهو موسع ومرغّب فيه.

٢ ـ يجوز وقف أسهم الشركات المباح تملكها شرعاً، والصكوك، والحقوق المعنوية، والمنافع، والوحدات الاستثمارية، لأنها أموال معتبرة شرعاً.

٣ ـ تترتب على وقف الأسهم والصكوك والحقوق والمنافع وغيرها أحكام من أهمها:

٤ ـ الأصل في الأسهم الوقفية بقاؤها واستعمال عوائدها في أغراض الوقف وليس المتاجرة بها في السوق المالية، فليس للناظر التصرف فيها إلا لمصلحة راجحة أو بشرط الواقف فهي تخضع للأحكام الشرعية المعروفة للاستبدال.

٥ ـ لو صفِّيت الشركة أو سدِّدت قيمة الصكوك فيجوز استبدالها بأصول أخرى كعقارات أو أسهم وصكوك أخرى بشرط الواقف أو بالمصلحة الراجحة للوقف.

٦ ـ إذا كان الوقف موقتاً بإرادة الواقف يُصفّى حسب شرطه.

٧ ـ إذا استُثمر المال النقدي الموقوف في شراء أسهم أو صكوك أو غيرها فإن تلك الأسهم والصكوك لا تكون وقفاً بعينها مكان النقد، ما لم ينص الواقف على ذلك، ويجوز بيعها للاستثمار الأكثر فائدة لمصلحة الوقف، ويكون أصل المبلغ النقدي هو الموقوف المحبَّس.

٨ ـ يجوز وقف المنافع والخدمات والنقود نحو: خدمات المستشفيات، والجامعات، والمعاهد العلمية، وخدمات الهاتف، والكهرباء، ومنافع الدور والجسور والطرق.

٩ ـ لا يؤثر وقف المنفعة لمدة محددة على تصرف مالك العين

بملكه، إذ له كل التصرفات المباحة شريطة المحافظة على حق الوقف في المنفعة.

١٠ ـ ينقضي وقف الحقوق المعنوية بانتهاء الأجل القانوني المقرر لها.

١١ ـ يقصد بالتوقيت أن تكون للوقف مدة ينتهي بانقضائها. ويجوز التوقيت بإرادة الوقف في كل أنواع الموقوفات.

١٢ ـ يمكن لمَن حاز أموالاً مشبوهة أو محرَّمة لا يعرف أصحابها أن يبرئ ذمَّته ويتخلَّص من خبثها بوقفها على أوجه البر العامة في غير ما يقصد به التعبُّد، من نحو بناء المساجد أو طباعة المصاحف، مع مراعاة حرمة تملُّك أسهم البنوك التقليدية (الربوية) وشركات التأمين التقليدية.

١٣ ـ يجوز لمَن حاز أموالاً لها عائد محرّم أن يقف رأس ماله منها والعائد يكون أرصاداً له حكم الأوقاف الخيرية؛ لأنّ مصرف هذه العوائد والأموال إلى الفقراء والمساكين ووجوه البرّ العامة عند عدم التمكن من ردِّها لأصحابها. وعلى متولي الوقف أن يعمل بأسرع وقت على أن يستبدل بهذه الأموال ما هو حلال شرعاً ولو خالف بذلك شرط الواقف إذ لا عبرة بشرط الواقف إذا تعارض مع نص الشارع.

ويوصي بما يلي:

١ ـ دعوة الحكومات والمجالس التشريعية في البلدان الإسلامية إلى تعديل قوانين ونظم الأوقاف فيها بما يتفق مع قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

٢ ـ دعوة وزارات التعليم والجامعات في البلدان الإسلامية إلى تخصيص مقرّرات دراسيّة تعنى بدراسة الوقف دراسة علميّة موضوعيّة.

٣ ـ دراسة المجمع موضوع إدارة الوقف وأُسسها وتنظيمها وضوابطها ومعايير اختيار واستمرار الإدارة في موقعها في دورات قادمة وأن تولي هذا الموضوع عناية خاصة باعتباره أساس نجاح ونهضة الأوقاف واستثماراتها.

والله أعلم.

* * *

الموضوع الثامن

تطبيق نظام البناء والتشغيل والإعادة

(B.O.T)

في تعمير الأوقاف والمرافق العامة

البحوث المقدّمة

١ - **تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة**: للأستاذ الدكتور أحمد محمد أحمد بخيت.

٢ - **تطبيق نظام البناء والتمليك (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة**: للدكتور أحمد محيي الدين أحمد.

٣ - **تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير المرافق العامة والأوقاف**: للشيخ خالد بن سعود بن عبدالله الرشود.

٤ - **عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة**: للدكتور عبدالستار أبو غدة.

٥ - **عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك BUILD OPERATE TRANSFER (B.O.T)**: للأستاذ الدكتور عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان.

٦ - **عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة**: للدكتور عكرمة سعيد صبري.

٧ - **عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية**: للقاضي محمد تقي العثماني.

٨ - **تطبيق نظام البناء والتمليك (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة**: للشيخ محمد عبده عمر.

٩ - **عقد البناء والتشغيل والإعادة والتكييف الفقهي والحكم الشرعي**: للشيخ مرتضى الترابي.

١٠ - **حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)**: للدكتورة ناهد علي حسن السيد.

ملاحظة:

تمّ ترتيب البحوث حسب الترتيب الهجائي لأسماء السادة الباحثين.

تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة
(B.O.T)
في
تعمير الأوقاف والمرافق العامة

من إعداد
أ. د: أحمد محمد أحمد بخيت
أستاذ الفقه المقارن
بجامعتي بني سويف والبحرين

تمهيد

بعد حمد الله تعالى، ثم الصلاة والسلام على نبينا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم، فهذا بحث في (تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة) أنجزته بناءً على تشريف لشخصي من مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ليكون ضمن البحوث التي ستعرض بإذن الله تعالى على الدورة التاسعة عشرة لمؤتمر المجمع.

وبقدر سعادتي بهذا التشريف، فإني لأرجو الله أن أكون قد خطوت ولو خطوة واحدة في طريق الكشف عن الحكم الشرعي في هذه المعاملة التي ذاع في الناس صيتها، لا سيما وقد صورتها بعض أدوات العولمة، الاقتصادية والقانونية على السواء[1] على أنها العصا السحرية

---

(١) في استعراض عدد موفور من التقارير والدراسات المحفزة على الأخذ بأسلوب B.O.T والإيحاء بأنه العصا السحرية، وطوق النجاة الذي ينبغي أن تتعلق الدول النامية لإنشاء وتحديث البنية التحتية، والنهوض بالمرافق العامة، مع الإشارة إلى الأساليب التي تتبعها بيوت التمويل العالمية، وكذا الشركات المهيمنة على التجارة الدولية في سبيل تحقيق مصالحها، دون اعتبار لمصالح الدول النامية، خصوصاً الدول المنتجة للنفط، ومن خلال الدور الذي يلعبه الفقه الغربي، وأحكام المحكمين في تكريس مصالح الشركات المهيمنة، في استعراض ذلك كله راجع مقدمة بحث الزميل الدكتور الروبي. محمد. عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. دار النهضة العربية ٢٠٠٤. وسيادته يشير إلى مجموعة كبيرة من الدراسات المتاحة على موقع الأمم المتحدة على الشبكة العالمية للإنترنت من خلال الرابط الإلكتروني: www.UNIDO.org/en/doc. ودراسة الزميل، وفقه الله، أكثر تركيزا في بحث هذا النظام في إطار القانون الدولي الخاص، ومن ثم فهي تتخذ من عقود التمويل ذات الطرف الأجنبي مجالا للتطبيق، بغرض الكشف عما تتضمنه وثائق عقود B.O.T من بنود وشروط قد لا تصب في صالح الدولة مانحة الامتياز، ولما كان تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ذي الطرف الأجنبي من المسائل المهمة في هذا الصدد، فإن الزميل=

التي ستأتي على مشكلات التنمية، والمخرج الذي سيكفي الدول والهيئات والوحدات مئونة نفقات مشروعات البنية الأساسية، والمرافق الخدمية والاقتصادية.

وهذا الأسلوب وإن كان ـ في نظر الداعين إليه ـ رافعاً عبء التكلفة عن الخزائن العامة جملة فإنه بالنظر إلى الدول النامية، والآخذة في النمو، الطريقة المثلى والحل الناجع لما تعانيه اقتصاديات تلك الدول من صعوبات وعقبات.

ولكن تجارب بعض الدول التي اندفعت إلى الأخذ بهذا الأسلوب، دون تحوط كاف، قد آلت باقتصادياتها إلى عكس ما كان يؤمل من هذا النظام التمويلي، وتمخضت مشروعات B.O.T عبئا إضافيا على موارد هي مرهقة أصلاً، ومرافق عاجزة عن الإشباع الأمثل للحاجات العامة.

والأمر من المنظور الفقهي الإسلامي يستوجب قبل تقييم B.O.T على أسس مادية نفعية الاستيثاق من استيفاء المعاملة الضوابط الإسلامية للاستثمار، لا سيما ضابطي: الحلال، ومراعاة المقاصد الشرعية في الأموال والأملاك.

وفي محاولة للوصول إلى حكم في هذه المسألة أعقد المباحث

= العزيز قد رأى أن تجلية ما يمرر في هذه العقود ـ عادة ـ من غموض يجنب الدولة كثيراً من المشكلات كلما ثار نزاع حول العقد (ص ١١).

وقد خلص الزميل العزيز إلى أن لنظام B.O.T مزايا، ومثالب، وقد قدم لهذه الأخيرة بقوله (ص ٣١٦ وما بعدها): لا ريب أن كثيراً من الدول، لا سيما دول العالم الثالث، والجهات الإدارية التابعة لها ليس لها خبرة في مجال عقود B.O.T في حين تتمتع الشركات الاستثمارية بخبرات هائلة، تفاوضية، وتعاقدية، وفنية، وتنفيذية، تمكنها من أن تجعل بنود وشروط تلك العقود لصالحها، دون أن يفطن لذلك كثير من الدول النامية المتعاقدة معها، ويدلل سيادته على ذلك بتجارب عدد من الدول، ومن بينها مصر، ويتهم الفقه الغربي بالإطناب في استعراض مزايا عقود B.O.T على الدول المطبقة لها، فيما يغض الطرف عن المثالب التي كشفت عنها التجارب الحية.

الآتية بعد، مغفلاً قصداً التفصيل في تلك الأدوات والعقود الاستثمارية التي فصل القول فيها جمع من شيوخنا وإخواننا في بحوثهم عن تنمية الوقف واستثماره، أو عن أعمال البنوك الإسلامية، أو ضمن نظرية الاقتصاد الإسلامي عامة، مكتفياً بالتنويه إليها بأوجز عبارة ممكنة.

والله الموفق.

* * *

المبحث الأول

وجوب تنمية الأوقاف والمرافق العامة

أولاً: الشبه الجامع بين الوقف والمرفق العام:

العنصر المميز للوقف أنه يراد للدوام[(١)] ودوام سير المرفق العام هو أهم عناصره[(٢)] كما أن الوقف والأملاك العامة، أو تلك المخصصة

---

(١) فجمهور الفقهاء على القول بخروجه من ملكية الواقف ودخوله في ملك الله تعالى، انظر مثلاً: السرخسي. محمد بن أحمد. المبسوط ط السعادة ١٢/٢٧، الماوردي. على بن محمد.الحاوي الكبير بتحقيق محمود مسطرجي وآخرين.ط دار الفكر ١٩٩٤ ـ ٩/٣٦٨ ـ ٣٧١، ابن قدامة (موفق الدين) المغني شرح مختصر الخرقي. بتحقيق د. عبد الله التركي، د. عبد الفتاح الحلو.ط. دار عالم الكتب بالرياض. الثالثة ٨/١٨٦، وما بعدها، حسب الله. على. خلاصة أحكام الوقف. ط ١٩٥٦ ص ١ ـ ٦. بل راعى الديمومة الذين قالوا بالتأقيت، وقالوا بجواز وقف الطعام والدراهم، لأنهم إذ أجازوا وقف الطعام والنقود فبغرض الانتفاع بهما بالإقراض ورد بدلهما، قال الشيخ محمد الكافي في إحكام الأحكام على تحفة الحكام على منظومة ابن عاصم. ط دار الفكر ص ٢٤٧ «تحبيس نوعي العين وأجناس الطعام فيه خلاف، والمعول عليه الجواز فيهما، لأن رد المثلي كرد عينه».

(٢) نظرية دوام سير وانتظام المرفق العام من النظريات التي تحظى بعناية وجهود الباحثين باعتبارها أول ثلاثة مبادئ حاكمة على عمل المرافق العامة قد استقر عليها الشراح والقضاة، وهذه الثلاثة هي:
١ ـ مبدأ دوام سير المرفق العام. . .
٢ ـ القابلية للتغيير. . .
٣ ـ مبدأ المساواة أمام المنتفعين، وسر هذه الأولوية كما يقول أستاذنا الدكتور محمد عبد الحميد أبو زيد في مقدمة رسالته للدكتوراه والمعنونة: دوام سير المرفق العام. دراسة مقارنة ط ١٩٧٥ ص ٥ ـ ٩ «تنشأ المرافق العامة وتنظم لكي تشبع حاجة الجمهور العامة التي لا غنى له عنها، لذلك كان لزاما باسم المصلحة العامة أن تؤدي هذه المرافق خدماتها العامة على نحو يمكن الجمهور من الاستفادة منها، ولا يمكن تحقيق هذا الهدف الذي قصد إليه من وراء إنشاء هذه المرافق إلا بضمان سيرها بانتظام واطراد. . . حتى يقول سيادته: ولهذا فقد ابتدع =

للمنفعة العامة، يشتبهان من جهة أنهما لا يرد عليهما الملك الفردي[1] ما دامت خصائصهما، قائمة، ومصلحتهما مستمرة.

١ ـ الوقف:

الوقف لغة: المنع والحبس[2].

وله في الاصطلاح تعريفات: منها أنه «تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة»[3]

= مجلس الدولة الفرنسي مبدأ استمرار المرافق العامة لكي يكفل لهذه المرافق انتظامها في سيرها دون انقطاع... ومبدأ استمرار المرافق العامة من المبادئ الأساسية رغم أنه لم يرد بشأنه نص... وينتظم جميع المرافق العامة إدارية أو اقتصادية، مهما اختلفت طرق إدارتها».

(١) انظر مثلاً: الكاساني. أبو بكر بن مسعود. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ـ ط دار الحديث ـ ١٩٤/٦، المغني لابن قدامة ـ ط مكتبة الكليات الأزهرية ـ ٥٧١/٥ وما بعدها، البجيرمي. سليمان. حاشية البجيرمي على الإقناع ط الحلبي ١٩٥١ ١٦/٣، أبو زهرة. محمد الملكية ونظرية العقد. ط دار الفكر ص ٧٣ وأما الوقف فالقول بخروجه عن ملك الواقف هو قول الجمهور، بخلاف قول أبي حنيفة رحمه الله، ومذهب المالكية كقول الجمهور في الوقف المؤبد، وإن كان مؤقتاً خرجت العين الموقوفة عن ملكة مدة الوقف، ويمكن أن يقال: إنها تبقى في ملكه، ويمنع من التصرف فيها حتى تنتهي المدة إلزاماً له بما التزم، وفي قول للشافعي وظاهر مذهب أحمد أن العين في الوقف الذري تكون ملكا للموقوف عليهم ملكاً لا يبيح لهم التصرف بالبيع وغيره. راجع كتابنا أحكام التركات والأوقاف في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي. دار النهضة العربية ١٤٢٩/٢٠٠٨ ص، الأستاذ مسقاوي.عمر الوقف في ظل التشريع الوضعي. ضمن بحوث الأوقاف الإسلامية في لبنان بين الواقع والمرتجى. مقدمة إلى المؤتمر الإسلامي الثالث للشريعة والقانون. جامعة طرابلس ٢٠٠٢ ص٧٦، وانظر بعض أحكام النقض المصري في أبدية الوقف لدى المستشار أحمد حسان، فتحي عبد الهادي. موسوعة الأوقاف. نشر منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٢ ص ٥٢ وما بعدها.

(٢) انظر: الفيومي. أحمد بن على. المصباح المنير في شرح غريب الرافعي الكبير. مادة وقف.

(٣) المغني. ١٨٤/٨، وهو التعريف المختار لأنه أقرب التعاريف إلى الأصل الشرعي في الوقف، وهو حديث وقف عمر رضي الله عنه، على أنه أشمل التعريفات للمتفق عليه من حقيقة الوقف بين الفقهاء.

هذا عن التصرف، فإن أردنا الموقوف قلنا: الشيء الذي يستفاد من نفعه وغلته وفائدته مع بقاء عينه مدة من الزمن ـ تطول أو تقصر ـ كالأرض، والبناء، والبئر، والشجرة[١].

ومن الخطأ الظن بناءً على ظاهر التعريف أن الوقف حبس حركة المال وتعطيل إدارته، لأن الحبس يرد على العين دون المنفعة، والمنفعة هي لب العمل الاقتصادي ومراده، وكما يقول السرخسي ـ رحمه الله ـ: «أعظم الناس تجارة الباعة، ورأس مالهم المنفعة»[٢] وتغير المتصرف في المحبس ـ أو قطع حظ المتصرف في التصرف في المحبس زمناً ـ من حيث كونه رأس مال، لا ينفي بحال مردود المحبس النفعي، الذي يوجه إلى أداء وظيفته تلك لصالح الجهة الموقوف عليها[٣].

استمرار عطاء الوقف:

بقاء عين الوقف واستمرار منفعته شاهد على أن الشرع الإسلامي ينزع إلى استمرار عطاء الوقف[٤]، وعلى ضوء النصوص المؤكدة على هذه الغاية أفرغ الفقهاء وسعهم في الكشف عن الوسائل والأدوات التي تحقق هذا المقصد الحضاري الراقي:

(١) في هذا المعنى. د. الريسوني. أحمد. الوقف الإسلامي. مجالاته وأبعاده. من إصدارات المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة. نسخة متاحة بنظام الوورد ـ عير موافقة للمطبوع ـ على موقع المنظمة على الشبكة الإلكترونية.

(٢) المبسوط. ط دار المعرفة. الثانية ٧٨/١١.

(٣) انظر في هذا المعنى: د. مغلي. محمد البشير. بحث بعنوان: التكوين الاقتصادي للوقف في بلدان المغرب العربي، وتعليق الدكتور جمعة زريق عليه. ضمن نظام الوقف والمجتمع المدني في الوطن العربي. بحوث ومناقشات الندوة الفكرية التي نظمها مركز دراسات الوحدة العربية والأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت. نشر المركز. ط أولى ٢٠٠٣ ص ٣١٣، ٣٤٥.

(٤) وما أدق القول: «الوقف مال رابح» كما عُنْوِن لنشرة إدارة الدعوة ـ قطر ـ لواحدة من سلسلة الآداب و«الوقف عبادة مالية، ووظيفة اقتصادية، واستثمار تنموي» كما عنون الدكتور محمد علي الصليبي لبحثه المنشور بمجلة جامعة الخليل للبحوث المجلد ٢ ع ٢ ص ٥٢ ـ ٦٥ لسنة ٢٠٠٦.

● ففي كتاب الله تعالى: ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾[1] وقد فسره النبي ﷺ بالوقف[2].

● وفيما روى مسلم وغيره أن النبي ﷺ قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء: صدقة جارية...»[3] وحملت على الوقف لأنه هو الذي يستمر جريانه.

● وفيما روى الشيخان وغيرهما أن النبي ﷺ قال لعمر: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بثمرتها ...»[4]. حيث نص على قطع التصرف في العين قطعاً تاماً.

● وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة إلا حبس مالاً من ماله، صدقة مؤبدة، لا تشترى أبداً، ولا توهب، ولا تورث»[5] وهو واضح الدلالة على المعنى.

---

(١) آل عمران من الآية ٩٢.

(٢) ففيما روى البخاري ومسلم وأبو داود والدارمي واللفظ له، عن أنس قال: كان أبو طلحة أكثر أنصارى بالمدينة مالا بخلا، وكانت أحب أمواله إليه بيرحاء، وكانت مستقبلة المسجد، وكان - يعني النبي ﷺ - يدخلها ويشرب من مائها طيب، فقال أنس: فلما أنزلت هذه الآية ﴿لَن تَنَالُوا۟ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُوا۟ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ قال: إن أحب أموالي إلى بيرحاء، وإنها صدقة أرجو برها وذخرها عند الله، فضعها يا رسول الله حيث شئت، فقال رسول الله ﷺ: بخ، ذلك مال رابح، أو رائح، وقد سمعت ما قلت، وإني أرى أن تجعله في الأقربين. فقال أبو طلحة: أفعل يا رسول الله، فقسمه أبو طلحة في قرابة بني عمه.
انظر: سنن الدارمي وتخريج الأستاذين فؤاد زمزلي، وخالد العلي لأحاديثه ٤٧٧/١ - ٤٧٨.

(٣) انظر: الصحيح. كتاب الوصية. باب ما يلحق الرجل من الثواب بعد وفاته. والحديث رواه أبو داود والنسائي في الوصايا والترمذي في الأحكام. باب في الوقف. وقال: حسن صحيح.

(٤) رواه الجماعة، وهو عند البخاري في الوصايا. باب الوقف كيف يكتب، مسلم في الوصية. باب الوقف، وهو عند أبي داود في الوصايا، والنسائي في الأحباس، والترمذي في الأحكام. وابن ماجة في الصدقات، ومسند الإمام أحمد ٥٥/٢، ١٢.

(٥) انظر: القرافي. أحمد بن إدريس. الذخيرة. بتحقيق الأستاذ محمد بو خبزة. ط دار الغرب الإسلامي. الأولى. ٣٢٣/٦، المغني ٨١٨٦.

وعلى أساس من هذه النصوص وغيرها كان القول بوجوب صيانة عينه وحفظها، وقطع كافة التصرفات التي تؤدي إلى تفويتها، وتقديم عمارة الوقف على حقوق المستحقين «شرط ذلك الواقف أم لم يشترطه، لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبداً، ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة، فيثبت شرط العمارة اقتضاء»(١).

وللعمل على ديمومة الانتفاع يراعي الأصلح والأحظ، ويسلك في ذلك مسلك الولي في مال اليتيم، فإن لم يكن بُدٌّ لعمارة الوقف إلا بإجارته إجارة مديدة أجر، وإن كان الخير في تغيير صورته غيرت، وإن

---

(١) انظر: المرغيناني. علي بن أبي بكر. الهداية بشرح فتح القدير. ط الحلبي ـ ١٩٠/٦؛ المبسوط للسرخسي ٤٣/١٢، البدائع للكاساني ٣٣٠/٥، ابن عابدين. محمد أمين. رد المحتار على الدر المختار والمشهور بحاشية ابن عابدين ٤٠٣/٤، ٤١٢، الذخيرة للقرافي ٣٤٦/٦، الدسوقي. محمد عرفة. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ـ ط الحلبي ـ ٩١/٤، المطيعي. محمد بخيت. تكملة المجموع ط م التضامن الأخوي. ٣٢٩/١٦، المغني لابن قدامة ٢٣٨/٨، الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٥٠٦/٤، ٥١٤، وانظر بحث الشيخ السلامي. محمد مختار. استثمار أموال الوقف. ضمن بحوث منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول. تنظيم الأمانة العامة للأوقاف بالكويت مع البنك الإسلامي للتنمية. الكويت ١١ ـ ٢٠٠٣/١٠/١٣. كتاب المنتدى ص ١٣٣ ـ ١٣٥، وقد كفانا بشواهده ونقوله الكثيرة إعادة النقل عن مصنفات كثير من السلف.، وانظر أيضاً: د. القرة داغي. ديون الوقف. ضمن منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول. سابق ص ٥١ ـ ٥٥، ومن كلام فضيلته ص ٥٨ رعاية مقصد الشرع في الوقف ـ هي ـ الأبدية، والاستمرارية، وتحبيس الأصل وإبقاؤه للاستفادة من منافعه، وريعه وثماره، لا تتم إلا من خلال تكوين مخصصات من ريع الوقف للديون المعدومة... لدفع الضرر المحتمل من خلال ترتيب مخصص له، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، ولأن الوسائل والمآلات معتبرة في هذه الشريعة الغراء». وانظر قول فضيلته ونقوله في رهن الوقف ص ٦٥، د. الميمان. ناصر بن عبد الله. ديون الوقف. ضمن أعمال المنتدى السابق، وقد استهل فضيلته بحثه بالتأكيد على أن أحكام الوقف اجتهادية في الغالب، ومما تقعد في هذا الباب أنه يفتى بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه... نظراً للوقف وصيانة لحق الله تعالى، وإبقاء للخيرات وهو من كلام ابن عابدين في الحاشية. انظر ص ٧٥ وما بعدها، وانظر بحث الزميل الدكتور الهيتي عبد الستار إبراهيم. الوقف ودوره في التنمية. من منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر. ط أولى ١٤١٩/١٩٩٨ ص ٤٨ وما بعدها.

تحتم الصلاح في استبداله استبدل، المهم في كل ذلك أن يعمل ما فيه بقاء عينه، أو تعظيم فائدته، ودوامها.

٢ ـ المرافق العامة:

المرافق جمع مرفق، وهو في اللغة: ما يرتفق به، وفي قصة أصحاب الكهف يقول المولى سبحانه: ﴿وَيُهَيِّئْ لَكُم مِّنْ أَمْرِكُم مِّرْفَقًا﴾[١] قال القرطبي: «المرفق: هو ما يرتفق به، ومنهم من يجعل المرفق ـ بفتح الميم ـ كالمسجد، وقال عن المرتفق: حكيت فيه أقوال: قيل هو المنزل، وقيل: المقر، وقيل: المجتمع، وقيل: المجلس، قال القرطبي: والمعنى متقارب، وأصله من المتكأ»[٢].

والمرافق العامة هي المعبر عنها في فقهنا الحنيف بالمصالح العامة، أو ما تتعلق به هذه المصالح من أعيان[٣]. مع مراعاة أن مصطلح المرفق العام في فقه القانون الوضعي أعم من الأموال المخصصة للنفع العام، أي: الأعيان التي تتعلق بها مصالح العامة كالطرق، والأنهار، والمراعي، ونحوها، بل قد لا نغالي إن قلنا: إن المصطلح في فقه القانون الإداري لا يعني ذلك البتة.

ولا يخفي شراح القانون أن مصطلح «المرفق العام» مبهم، ومع إبهامه له معنيان أولهما: عضوي، ويفيد: المنظمة ـ أو الجهاز ـ التي تعمل على أداء الخدمات، وإشباع الحاجات العامة، ويتعلق هذا المعنى بالإدارة أو الجهاز الإداري. والثاني: معنى موضوعي: ويتعلق بالنشاط الصادر عن الإدارة بهدف إشباع حاجات عامة، خاضعا لتنظيم وإشراف ورقابة الإدارة.

---

(١) الكهف من الآية ١٦.

(٢) الجامع لأحكام القرآن الكريم بتحقيق وتخريج د. محمد إبراهيم الحفناوي، محمود حامد عثمان. ط دار الحديث. الثانية ١٩٩٦ ٣٧٦/١٠، ٤٠٤ وما بعدها، وانظر المصباح المنير مادة رفع.

(٣) البدائع ١٩٤/٦. وفي نفس المعنى انظر: المغني ـ ط الكليات الأزهرية ـ ٥٦٦/٥ وما بعدها، حاشية البجيرمي على الإقناع ١٦/٣.

ويمكن القول بأن المرفق العام هو في حالة السكون: «المنظمة التي تقوم بنشاط معين، أما في حالة الحركة فهو النشاط الذي يهدف إلى إشباع حاجات عامة بغض النظر عن الجهة التي تؤديه» وعلى هذا الأخير استقر الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر، فعرف المرفق العام بأنه «النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى، مباشرة أو تعهد به لآخرين، كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها، وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام، تحقيقاً للصالح العام»(١).

والمرافق العامة الإدارية على نوعين: مرافق دستورية تتفق مع الوظائف المرتبطة بسيادة الدولة، مثل الدفاع، والقضاء، والعلاقات الدولية، والبوليس، والضرائب، ومرافق دستورية لا ترتبط بسيادة الدولة مثل التعليم والصحة، والثقافة، والمساعدات الاجتماعية، والتأمين ضد البطالة(٢).

فإن كان الجهاز ذا طبيعة اقتصادية ينتفع به الجمهور دون تمييز فإنه يسمى مشروعاً عاماً، غير أنه إن كان يخضع لإشراف الدولة ورقابتها وتوجيهها فإنه يشكل مرفقا عاما، ومثاله هيئة سكك حديد مصر، وهيئة الكهرباء، هيئة الاتصالات، وهكذا(٣) والعكس بالعكس.

والمرفق العام بهذا المعنى ليس غريباً على الفقه الإسلامي، وإن لم يفرد ببحث أو يدل عليه بذات الاصطلاحات، ففي فقه عمر رضي الله عنه أنه أبي أن يقسم السواد بين الفاتحين بغرض أن يستعين به على المرافق، كالجهاد، يقول رضي الله عنه: «أرأيتم هذه الثغور لا بد لها من رجال يلزمونها، أرأيتم هذه المدن العظام ـ كالشام والجزيرة

---

(١) انظر: د. ليلو. مازن راضي. القانون الإداري. من منشورات الأكاديمية العربية في الدنمارك ٢٠٠٨. متاح على موقع الجامعة على الشبكة العالمية (الإنترنت) ص ٦٧ وما بعدها.

(٢) د. عبد اللطيف. محمد محمد. التطورات المعاصرة للمرافق العامة الاقتصادية.من مطبوعات لجنة التأليف والتعريب والنشر بجامعة الكويت ١٩٩٩ ص ٥٩.

(٣) السابق ص ٨٥.

والكوفة والبصرة ومصر - لا بد لها من أن تشحن بالجيوش، وإدرار العطاء عليهم. فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرضون والعلوج...»[1].

وفي تبرير الحمى يقول رضي الله عنه: «... والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من بلادهم شبراً...»[2].

ونظرية الماوردي - رحمه الله - في الأحكام السلطانية والولايات الدينية واضحة في هذا الخصوص، فقد جعلها قسمين، الأول: ينظم الجانب السياسي للدولة، والثاني: يتعلق بالقواعد المنظمة للإدارة الحكومية، أو الإدارة العامة، وفيه يرسم أطر المرافق العامة، وإن بمسميات مختلفة، فيتكلم عن: الجهاد، والشرطة، والصلاة، والحج، والزكاة، والجزية، والخراج، والقضاء، والديوان، وبيت المال، والحسبة بإسهاب ودقة، وحديثه في كل ذلك أكثره موضوعي، وأقله عضوي.

١ - وولي الله الدهلوي إذ يبحث فقه المصارف يسلك ذات المسلك، وهو أن المرافق أنشطة، لا مجرد أعيان[3].

أما المرفق بمعنى العين محل النشاط الذي يراد للعامة فنجده في

---

(١) انظر: أبو يوسف القاضي. الخراج - نسخة الموسوعة الشاملة - ص ٢٩.

(٢) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي بتحقيق د. أحمد مبارك البغدادي. نشر مكتبة ابن قتيبة. الكويت ١٤٠٩/١٩٨٩ ص ٢٤٣.

(٣) الدهلوي. شاه أحمد عبد الرحيم. حجة الله البالغة. بتحقيق الشيخ سيد سابق. ط دار الجيل ١٤٢٦/٢٠٠٥ - ٢٧٤/٢. يقول - رحمه الله - والأصل في المصارف أن لأمهات المقاصد أمور:
١ - إبقاء ناس لا يقدرون على شيء لزمانة، أو لاحتياج مالهم، أو بُعْدِه منهم.
٢ - حفظ المدينة عن شر الكفار، بسد الثغور، ونفقات المقاتلة، والسلاح والكراع.
٣ - تدبير المدينة وسياستها، من: الحراسة، والقضاء، وإقامة الحدود، والحسبة.
٤ - حفظ الملة، بنصب الخطباء والأئمة والوعاظ والسلاطين.
٥ - منافع مشتركة، ككرى الأنهار، وبناء القناطر، ونحو ذلك.

مثل كلام أبي يوسف القاضي: «وإن أراد الإمام أن يقطع طريقاً من طرق المسلمين الجادة رجلاً يبني عليه، وللعامة طريق غير ذلك قريب أو بعيد منه، لم يسعه إقطاع ذلك ولم يحل له وهو آثم إن فعل ذلك»[1]. ويقول: فأما البثوق والمسنيات والبريدات التي تكون في دجلة والفرات وغيرهما من الأنهار العظام، فإن النفقة على هذا كله من بيت المال لا يحمل على أهل الخراج من ذلك شيء، لأن مصلحة هذا على الإمام خاصة لأنه أمر عام لجميع المسلمين، فالنفقة عليه من بيت المال لأن عطب الأرضين من هذا وشبهه، وإنما يدخل الضرر من ذلك على الخراج»[2].

دوام سير المرفق العام:

وعلى كل حال فإن للمرفق العام بمفهوم القانون الإداري مميزات ثلاث:

أولاها: دوام سيره. وثانيتها: قبوله التغيير.

وثالثتها: المساواة بين المنتفعين به.

وفي بحثنا هذا فإننا نقصد بالمرفق العام الأعيان المخصصة للنفع العام، وفيما سقنا من أقوال أهل العلم ما يشهد لالتزام أن ما يجعل لمصالح العامة يراد للدوام، فلا داعي للتكرار.

ثانياً: تنمية الأوقاف والمرافق العامة.

عمارة الأرض شرع أوجبه الله تعالى بقوله: ﴿هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ وَٱسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾[3] وقوله تعالى: ﴿فَٱمْشُواْ فِى مَنَاكِبِهَا وَكُلُواْ مِن رِّزْقِهِۦ﴾[4] وقوله: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِى ٱلْأَرْضِ وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾[5].

---

(١) الخراج. السابق ص ١٠٧.
(٢) السابق ص ١٢٩.
(٣) هود من الآية ٦١.
(٤) الملك من الآية ١٥.
(٥) الجمعة من الآية ١٠.

وفي سنة النبي ﷺ: «ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة»[1]. وقال ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة فله فيها أجر، وما أكلت العوافي منه فهو له صدقة»[2]، وقال عليه الصلاة والسلام: «إن الله يكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال»[3].

وكتب عليّ كرم الله وجهه إلى مالك الأشتر يقول: «وليكن نظرك في عمارة الأرض أبلغ من نظرك في استجلاب الخراج، لأن ذلك لا يدرك إلا بالعمارة، ومن طلب الخراج بغير عمارة أخرب البلاد، وأهلك العباد، ولم يستقم أمره إلا قليلاً»[4]، وفي خراج أبي يوسف القاضي، عن أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز، رضي الله عنه: «... وانظر إلى الخراب وأصلحه حتى يعمر»[5].

وكلها نصوص واضحة لا تحتاج منا إلى تعليق، وقد كتب الأستاذ البهي الخولي تحت عنوان: (عمارة الأرض مشيئة إلهية) يقول: «ولو جاءت الأرض على ما هي عليه الآن، من تنوع الكنوز، وعجائب القوانين، دون أن يكون للإنسان ما يتجاوب به معها من الملكات، لبدا كأنه أمر خال من الحكمة، أو كأن ما في الأرض خلق لسيد آخر غير هذا الإنسان، سيد لم يأت أوانه بعد»[6]. على أن حديث الفقهاء في إحياء الموات، والتحجير، والإقطاع، والمزارعة، والمساقاة، والصيد، بل في الاحتساب على المنافع العامة، والحيوانات المملوكة، ناهيك عن

---

(١) أخرجه الشيخان عن أنس رضي الله عنه. البخاري رقم ٢٣٢٠، مسلم رقم ١٥٥٣.

(٢) أخرجه الترمذي في الأحكام وقال: حسن صحيح، وهو عند الدارمي ٢/٢٦٧.

(٣) أخرجه الشيخان في مواضع، وهو بلفظ المتن عند مسلم من رواية أبي هريرة رقم ١٧١٥.

(٤) الشريف الرضي. نهج البلاغة للشريف الرضي بشرح الشيخ محمد عبده. ط دار الحديث ص ٣٨٠.

(٥) الخراج بتحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر ـ ضمن موسوعة الخراج ـ ط دار المعرفة. بيروت ١٩٧٩ ص ٨٦.

(٦) الخولي. البهي. الثروة في الإسلام. ط ثالثة ص ٦٩.

الوقف، ناطق بما لا يتسع المقام للتنويه به، فضلاً عن شرحه وإبراز قصده.

وفي خصوص الأوقاف والمرافق العامة يكفينا أن ننبه إلى ما ذكرناه قبل قليل من قصد البقاء ودوام الإدرار فيهما، وكلما كان ذلك مطلوباً فالوسيلة إليه مطلوبة، فـ«ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب»(١).

ولسنا بحاجة إلى زائد في الحديث عن وجوب تنمية الأوقاف، فقد أثرى المحدثون من علمائنا وباحثينا المكتبة الإسلامية في الآونة الأخيرة في هذا الجانب(٢) أما تنمية المرافق العامة فننبه إليها بإيجاز فيما يلي:

في سياساته الأمينة ينبه ولي الله الدهلوي إلى أن «المدينة ـ وقصد بها الجماعة المتقاربة تجري بينها المعاملات، وإن تعدد طبقاتهم ونزلهم ـ شخص واحد، مركب من أجزاء وهيئة، وكل مركب يمكن أن يلحقه خلل في مادته أو صورته، ويلحقه مرض، ويعني به: حالة غيرها أليق به باعتبار نوعه، وصحة: أي حالة تُحَسِنُه وتُجَمِّله»(٣) ومن الخلل في رأيه أن يهمل المرفق بالترك وقلة الارتفاق كأن «يبدو ـ من البداوة ـ أهل المدينة ويكتفوا بالارتفاق الأول، أو يتمدنوا في غير هذه المدينة».

---

(١) في شرح القاعدة انظر لنا: دروس في أصول الفقه للمبتدئين. ط ثانية. دار النهضة العربية ١٤٢٩/٢٠٠٨ ص٩٠ وما بعدها.

(٢) ومن ذلك مثلاً: بحث الأستاذ الدكتور القرداغي استثمار الوقف وطرقه القديمة والحديثة، وبحثه عن صناديق الوقف وتكييفها الشرعي، وبحثه عن تنمية موارد الأوقاف والحفاظ عليها، مجموعة بحوث الدكتور منذر قحف وبخاصة: الأساليب الحديثة في إدارة الأوقاف، وبحثه عن الإجارة المنتهية بالتمليك، وبحثه عن مفهوم التمويل في الاقتصاد الإسلامي، وبحوث الدكتور نزيه حماد في الفقه الاقتصادي المعاصر، وبحثه عن: أساليب استثمار الأوقاف وأسس إدارتها، وبحث الدكتور عبد السلام العبادي عن صور استثمار الأراضي الوقفية فقهاً وتطبيقاً، وبحث الأستاذ الدكتور عبد الله بن موسى العمار: استثمار أموال الوقف، وبحث الشيخ محمد مختار السلامي تحت العنوان ذاته، وبحث الدكتور حسين شحاتة. استثمار الوقف، وغيرها كثير فضلاً عن الندوات والفتاوى وقرارات المؤتمرات.

(٣) حجة الله البالغة ٩٢/١.

أو يُغنَى بمرفق دون مرفق «يكون توزعهم - أي: الجماعة - في الإقبال على الأكساب بحيث يضر بالمدينة، مثل أن يقبل أكثرهم على التجارة ويدعوا الزراعة، أو يتكسب أكثرهم بالغزو ونحوه، وإنما ينبغي أن يكون الزراع بمنزلة الطُعَّام والصُنَّاع والتُجَّار والحفظة، بمنزلة الملح المصلح له.

ولصحة المجتمع يلزم «حمل التجار على الميرة، بتأنيسهم وتأليفهم، وتوصية أهل البلد أن يحسنوا المعاملة مع الغرباء، فإن ذلك يفتح باب كثرة ورودهم، وحمل الزُّرَّاع على ألا يتركوا أرضاً مهملة، والصُنَّاع على أن يحسنوا الصناعات ويتقنوها، وأهل البلد على اكتساب الفضائل، كالخط والحساب والتاريخ والطب والوجوه الصحيحة من تقدمة المعرفة»[1].

وفي الإنفاق للتنمية يقول الماوردي: «وأما المستحق في بيت المال فضربان . . . الضرب الثاني: أن يكون بيت المال له مستحقاً، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون مستحقاً على وجه البدل، كأرزاق الجند، وأثمان الكراع والسلاح فاستحقاقه غير معتبر بالوجود، وهو من الحقوق اللازمة مع الوجود والعدم، فإن كان موجوداً عجل بدفعه، كالديون مع اليسار، وإن كان معدوماً وجب فيه الإنظار، كالديون مع الإعسار.

الضرب الثاني: أن يكون مصرفه مستحقا على وجه المصلحة والإرفاق دون البدل، فاستحقاقه معتبر بالوجود دون العدم، فإن كان موجوداً في بيت المال وجب فيه وسقط فرضه عن المسلمين، وإن كان معدوما سقط وجوبه عن بيت المال، وكان إن عم ضرره من فروض الكفاية على كافة المسلمين، حتى يقوم به منهم من فيه كفاية كالجهاد»[2].

---

(١) السابق ١/٩٣.

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢٧٩، وراجع بحثنا: ضمان عثرات الطريق في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية. نشر مكتبة النهضة المصرية ١٤٢٢/٢٠٠٢ ص ٨٥ - ٩٣ وموضوعه تعبيد الطرق، وقد ناقشنا فيه المسألة باستفاضة.

المبحث الثاني
تنمية الأوقاف والمرافق العامة بالمعاملات المستجدة

أولاً: المصلحة مناط التنمية:

في بحثه «استثمار أموال الوقف» يقول الدكتور عبد الله بن موسى العمار: «لا بد أن تلامس مباحث استثمار الوقف واقعه وصيغ عقده، ومصارفه، وما عفا عليه الزمن من وسائل استثماره، أو وجد لظروف معينة، أو أصبح عديم الجدوى، ينبغي أن يضرب عنه صفحا، وأن يتجه إلى الوسائل النافعة، ذات الجدوى الاقتصادية الغالبة، فما الجدوى من استعراض عقد الإجارتين، أو عقود التحكير مما أصبح عائقاً من عوائق استثمار كثير من الأوقاف، بل إنها أصبحت شبه معطلة بناءً على هذه الوسائل»[1].

وهذا حق أدركه - في مسيرة الوقف الطويلة - ثلة من الفقهاء، فأغفلوا وسائل، واستحدثوا أخرى، وأجازوا من التصرفات ما كان سلفهم يفتون بمنعه، لما تبين لهم أن هذا أقرب إلى المصلحة، وأبعد عن المفسدة، بل في تاريخ الوقف أن من القائلين بعدم صحة تصرف ما من يحيل دعوى هذا التصرف إلى مجيزيه ليقضوا فيه، فيمتنع نقضه بعد أن حكم به حاكم[2] وهي حيلة لا نستسيغها لكنها تدل على الحرص

(١) د. العمار.عبد الله بن موسى. استثمار أموال الوقف ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول. الكويت ٢٠٠٣/١٤٢٤ الجزء الأول ص ٢٠١.

(٢) في بحثه للدكتوراه والمعنون: أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي مقارناً بما عليه العمل في المملكة العربية السعودية، والمقدم إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى ١٤٢٧ - ١٤٢٨ ذكر الدكتور الحويس. صالح بن سليمان أن مفتي الحنفية في الديار المصرية الشيخ عبد القادر الرافعي الفاروقي أورد أن إثبات (المرصد) لا يتم إلا بحكم قاض حنبلي يرى صحة إذن الناظر للمستأجر بالعمارة الضرورية، إذ لولا الترافع إلى القاضي الحنبلي لم يحل للناظر =

على تجاوز العائق بأي طريق ممكن، على أن الإمام ابن عابدين قرر أن «يفتى بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه، نظراً للوقف، وصيانة لحق الله، وإبقاء للخيرات»(١).

ومما يؤكد على صحة قول ابن عابدين ـ يرحمه الله ـ أن القرآن الكريم لم يذكر شيئاً من أحكام الوقف بخصوصه، وليس في السنة المشرفة تفصيلات لأحكامه، مع قلة تلك الأحاديث الثابتة في ذلك، ومن هنا كان منطقياً أن يقال: أكثر أحكام الوقف اجتهادية قياسية، للرأي فيها مجال»(٢).

وما قيل في الوقف يقال في المرافق العامة، فأكثر فقهها اجتهادي، وللسياسة الشرعية فيها مجال فسيح، ويوشك أن يكون إطارها قول الله تعالى ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ وَاسْمَعُوا وَأَطِيعُوا﴾(٣) وقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام: ﴿إِنْ أُرِيدُ إِلَّا الْإِصْلَاحَ مَا اسْتَطَعْتُ﴾(٤) وفي الحديث عن النبي ﷺ: «إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم»(٥) وقد خطب عمر رضي الله عنه الناس فقال: «... ألا إني ما وجدت صلاح هذا المال إلا بثلاث: أن يؤخذ بحق، وأن يعطى في حق، وأن يمنع من باطل، ألا وإني في مالكم كولي اليتيم، إن استغنيت استعففت، وإن

= دفع المرصد، بناءً على ما هو المعتمد في مذهب الحنفية، وأنه في أواخر الحكم العثماني في بلاد الشام اصطلح على إثبات المرصد لدى القاضي الحنبلي الذي يرى صحة ذلك، ثم ينفذ حكمه الحاكم الحنفي. انظر ص ٦١، والباحث يشير إلى شاكر الحنبلي في موجز أحكام الوقف ص ١٢١، ويقول في الحاشية رقم (٥) أن هذا ما تؤيده الوثائق التي اطلع عليها في المرصد.

(١) رد المحتار ٣٨٦/٤.

(٢) د. الميمان. ناصر عبد الله. ديون الوقف. ضمن بحوث منتدى قضايا الوقف الفقهية. المجلد الأول ص ٧٥.

(٣) التغابن من الآية ١٦.

(٤) سورة هود. من الآية ٨٨.

(٥) الحديث: أخرجه الشيخان، ولفظ المتن من رواية البخاري عن أبي هريرة رقم ٧٢٨٨.

افتقرت أكلت بالمعروف»[١] وأية نظرة فاحصة في فقه المرافق العامة ـ بمعنييها المتقدمين، النشاط الإداري العام، والأعيان المنوط بها مصالح العامة ـ يدل على ذلك في وضوح.

فإن أخذنا الطريق مثلاً وجدنا العلماء يتأولون قول النبي ﷺ: «... والطريق المئتاء سبعة أذرع»[٢] على أن السبعة لا تقصد بعينها، وإنما مراده التنبيه على التوسعة، لتسلكها الأحمال دخولاً وخروجاً، وتسع ما لا بد من طرحه عند الأبواب، لذا فإن الصحابة إذ مصروا البصرة جعلوا عرض شارعها الأعظم ـ وهو مربدها ـ ستين ذراعاً، وعرض ما سواه عشرين، وجعلوا عرض كل زقاق سبعة أذرع»[٣].

وفي إدارة الطريق اتفق العلماء على أن ما يدخل الضرر على العامة قطعاً فالحاكم ممنوع منه، ونظره فيه نظر حافظ، ليس إلا، وما ليس كذلك فنظره فيه ـ على ثاني الوجهين ـ نظر مجتهد «كما يجتهد في أموال بيت المال، وإقطاع الموات»[٤].

وعلى أساس من هذا الاجتهاد الموسع أفتى المعاصرون بمشروعية استثمار أموال الصدقات والزكوات[٥] وقرر مجمع الفقه الإسلامي أنه «

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٣٥، وانظر في شرح قاعدة تصرفات الإمام منوطة بالمصلحة الأشبه والنظائر للسيوطي. عبد الرحمٰن بن أبي بكر. ط دار الفكر ص ١٣٤، وفي ذات المعنى ابن القيم. محمد بن أبي بكر. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية بتحقيق الشيخ محمد حامد الفقي ط دار الكتب العلمية ١٩٨٣ ص ٢٣٩.

(٢) أخرجه البخاري في المظالم. باب إذا اختلفوا في الطريق المئتاء، ومسلم في المزارعة والمساقاة. باب قدر الطريق إذا اختلفوا فيه، وأبو داود في الأقضية. باب أبواب من القضاء، والترمذي في الأحكام. باب ما جاء في الطريق إذا اختلفوا فيه كم يجعل؟ وقال: حسن صحيح.

(٣) راجع بحثنا ضمان عثرات الطريق ص ٧٣، ٨١ وأثر التمصير حكاه الماوردي في الأحكام السلطانية ـ ط دار الفكر ـ ص ١٥٥.

(٤) انظر في التفصيلات ضمان عثرات الطريق ص ١١٠ ـ ١١٤.

(٥) فتوى مجلس البحوث الإسلامية بجلسة ٢٦ إبريل ٢٠٠٧ نقلاً عن الزميل الدكتور الهيتي. عبد الستار إبراهيم. المبادئ الأساسية للاقتصاد الإسلامي. نشر مكتبة المتنبي. الدمام ١٤٢٩/٢٠٠٨ ص ٣٢٧.

يجوز من حيث المبدأ توظيف أموال الزكاة في مشاريع استثمارية تنتهي بتمليك أصحاب الاستحقاق الزكاة، أو تكون تابعة للجهة الشرعية المسؤولة عن جمع الزكاة وتوزيعها، على أن يكون بعد تلبية الحاجة الماسة الفورية للمستحقين، وتوافر الضمانات الكافية للبعد عن الخسائر»(١) وذلك كله على خلاف القول السائد أن بيت المال مجرد حرز لمال الزكاة، مراعاة لأن «الأصل في عمارة البلاد وتثميرها العدل والسياسة»(٢).

وفي الجملة فإننا نقول مع الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد: «لا يصح في تصرف من التصرفات، أو حكم من الأحكام التي تسن لتحقيق مصلحة عامة أن يقال: إنه مناقض للشريعة، بناءً على ما يُرَى فيه من مخالفة ظاهرية لدليل من الأدلة، بل يجب تفهم هذه الأدلة . . .، . . . والتفرقة بين ما ورد على سبب خاص، وما هو من التشريع العام الذي لا يختلف ولا يتبدل، فإن مخالفة النوع الثاني هي الضارة المانعة من دخول أحكام السياسة في محيط شريعة الإسلام»(٣).

ثانياً: من الأصول الشرعية حرية التعاقد:

توجب أصول الشرع الحكيم، الوفاء بالعقود من غير تعيين عقود بأعيانها، وقد فصل الله لنا ما حرم علينا، وحَظْرُ ما لم يحرمه الله افتراءٌ عليه، قال تعالى: ﴿قُلْ أَرَءَيْتُم مَّآ أَنزَلَ ٱللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَٰلًا قُلْ ءَآللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى ٱللَّهِ تَفْتَرُونَ ﴿٥٩﴾﴾(٤).

ويترتب على هذا الأصل أن العقود التي عنى فقهاء الإسلام بمعالجتها

---

(١) في دورة المؤتمر الثالث المنعقد بعمان ١٤٠٧/١٩٨٦. مجلة المجمع ص ٣٣٥ وما بعدها.

(٢) من أقوال القاضي الخضر بن أبي بكر أحمد في رسالته إلى السلطان المعز. نقلاً عن د. فؤاد عبد المنعم أحمد الآتي. ص ٧٨.

(٣) د. أحمد. فؤاد عبد المنعم. السياسة الشرعية وعلاقتها بالتنمية الاقتصادية وتطبيقاتها المعاصرة. من منشورات البنك الإسلامي للتنمية. مجموعة محاضرات العلماء البارزين. رقم ٢٤ ص١٢ وما بعدها من المقدمة، وسيادته يشير إلى الشيخ عبد الرحمٰن تاج. السياسة الشرعية ص ٢١.

(٤) يونس آية (٥٩).

لا تمثل دائرة مغلقة، لا يجوز الخروج عليها والزيادة إليها، لأنها على اعتبار الأصل صور للتعاقدات التي عرفت في أزمانهم، فمتى استجدت معاملة ليس لها في كلام الفقهاء ذكر صحت إضافتها إلى دائرة العقود بشرط ألا تكون مخالفة لأصل من أصول الشرع الحنيف، فلا مكان في ظل مبدأ «حرية التعاقد» لما ينعت ـ في القانون ـ بالعقد غير المسمى(١).

وقد اطرد في عبارات الفقهاء أن «حاجة الناس أصل في شرع العقود على وجه ترتفع به الحاجة، ويكون موافقاً لأصول الشرع»(٢) وأن «كل ما احتاج الناس إليه في معاشهم، ولم يكن سببه معصية هي ترك واجب، أو فعل محرم، لم يحرم عليهم، لأنهم في معنى المضطر الذي ليس بباغ ولا عاد»(٣).

وعلى هذا الأساس ارتأى الأستاذ الدكتور نزيه حماد ـ وأميل إلى قوله ـ: «أن كل اتفاقية مركبة من مجموعة عقود، تهدف بصورتها المتكاملة إلى تحقيق وظيفة معينة، يجب اعتبارها في النظر الفقهي الاجتهادي وحدة واحدة، ولا يكفي للتعرف على حكمها الشرعي تفكيكها إلى أجزاء مفردة، والنظر في مشروعية كل جزء منها على حدة، لأنها عقد مركب، مزيج من ذلك كله، وفقاً لشروط معينة تحكمها، كمعاملة واحدة مترابطة لا تقبل التجزئة»(٤).

---

(١) راجع: الشيخ الزرقا. مصطفى أحمد.المدخل الفقهي العام. ط تاسعة دار الفكر ٤٦٤/١ وما بعدها.الشيخ الخفيف. علي. أحكام المعاملات الشرعية ط خاصة على نفقة بنك البركة الإسلامي للاستثمار. البحرين ص ٢٦١، الشيخ شلبي. محمد مصطفى. المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ط دار النهضة العربية ص ٥٦٤ وما بعدها. وهذا قول الجمهور، وخالف فيه الظاهرية، وقولهم ضعيف. انظر لنا مقدمة الشريعة الإسلامية. دار النهضة العربية ٢٠٠٧ ص ٣٧٩ وما بعدها.

(٢) المبسوط ٧٥/١٥.وحكاه صاحب رسالة الحكر ص ٩١ عن أبي السعود الحنفي.

(٣) الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٦٤/٢٩، وهو معنى متكرر في بحوثه في المعاملات في درته القواعد النورانية.

(٤) د. حماد. نزيه. قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد. نشر دار القلم بدمشق والدار الشامية ببيروت. ط أولى ٢٠٠١/١٤٢١ ص ٢٣، وفي التفصيلات ص ٢٤٩ ـ ٢٥٢.

المبحث الثالث

عقد B.O.T[(١)]

مصطلح (B.O.T) اختصار للمصطلح الانجليزي Build Operate Transfer، حيث يشير الحرف B إلى كلمة Build، بمعنى يبني، أو يشيد أو يقيم المشروع، والحرف O إلى كلمة Operate، بمعنى يشغل أو يدير المشروع، ويفضل لو يقال: يستغله، أي: يجني غلته، والحرف T إلى كلمة Transfer بمعنى ينقل أو يعيد المشروع إلى الجهة الطرف في عقد البناء والاستغلال والإعادة.

والفكرة الأساسية التي انبثق منها هذا النظام تتمحور حول تعاقد جهة، غالباً ما تكون الحكومة، أو إحدى الهيئات، في دولة ما، مع شخص طبيعي أو اعتباري من القطاع الخاص على إقامة مشروع معين، على نفقته الخاصة، على أن يظل المشروع في حيازته، مدة معينة، يكون له خلالها حق استغلاله وتحصيل غلته، كلها أو أكثرها، على أن يقوم بتسليم المشروع إلى الإدارة في نهاية هذه المدة.

---

(١) يراجع بوجه أخص: د. حامد. ماهر محمد. النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع .B.O.T رسالة للدكتوراه. نشر دار النهضة العربية. مصر ٢٠٠٥، الفصل التمهيدي. د. محمد الروبي. عقود التشييد والاستغلال والتسليم .B.O.T سابق ص ١٧ والصحائف التي تليها د. بدر.أحمد سلامة. العقود الإدارية وعقد .B.O.T مكتبة دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٣. الباب الخامس ص ٣٥٥ والصحائف التي بعدها، د. جعفر. محمد أنس. العقود الإدارية. . . مع دراسة لعقود ال B.O.T ط ثانية. دار النهضة العربية ٢٠٠٣ الوحدة الرابعة ص ٧٣ ـ ٧٨، د. الشهاوي. إبراهيم. عقد امتياز المرفق العام B.O.T . بدون جهة نشر. ٢٠٠٣ خصوصاً ص ٤٤ وما بعدها د.عبد العظيم. حمدي. عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق. ط ٢٠٠١ ص ١١١ وما يليها، د. قايد.محمد بهجت. إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، نظام الـB.O.T . دار النهضة العربية ٢٠٠٠ ص ١٠ وما بعدها.

ولم يَحُل اتفاق غالبية الشراح على هذا المعنى دون تعدد أقوالهم في تعريف عقد B.O.T، لا سيما مع وجود أشكال تمويلية أخرى تقاربه في خصائصه أو غاياته، وعلى هذا قيل في حده تعريفات:

١ ـ فعرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بأنه «شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين، يشار إليها بالاتحاد المالي للمشروع، امتيازاً لصوغ مشروع معين، وتشغيله، وإدارته، واستغلاله تجارياً لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من العائدات المتأتية من تشغيل المشروع، واستغلاله تجارياً، أو من أي مزايا أخرى تمنح لهم ضمن عقد الامتياز، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة، أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقاً أثناء التفاوض على منح امتياز المشروع»[١].

٢ ـ وفي رأي منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (يونيدو) أن الـ B.O.T هو «اصطلاح أو صياغة لاستخدام القطاع الخاص ليقوم بمشروعات التنمية الأساسية التي كانت من قبل حكراً على القطاع العام، فتمويل المشروع هو زاوية الأساس لمفهوم (B.O.T)»[٢].

ويؤخذ على كلا التعريفين عدم إبراز التعاقد كطريق إلى تفعيل الاتفاق على الاستثمار بهذا النظام، على أن تعريف اليونيدو لم ير في B.O.T مميزاً إلا إسناد التمويل إلى القطاع الخاص، فيما يؤخذ على

(١) انظر: تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة التاسعة والعشرين، نيويورك في ٢٨ مايو (أيار) ـ ١٤ يونيه (حزيران) ١٩٩٦، بعنوان «الأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية» ص ٣، نقلاً عن د. ماهر حجازي. سابق ص ١٨.

(٢) ذكره الدكتور هاني صلاح سري الدين في بحثه المعنون: «الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام التملك والتشغيل والتحويل في مصر» منشور بمجلة القانون والاقتصاد، إصدار كلية الحقوق/جامعة القاهرة ع ٦٩ ص ١٧٢.

تعريف لجنة القانون التجاري، كما هو الرأي في كثير من تعريفات شراح آخرين لهذا العقد[(١)]، الخلط بين عقد B.O.T وعقد الامتياز، وبينهما اتحاد وافتراق، كما سنبين لاحقاً.

ثم إن حصر التمويل بمقتضى نظام الـ B.O.T في المشروعات الأساسية أو مشروعات البنية التحتية[(٢)] لم يعد سمة مميزة لعقد B.O.T،

---

(١) ومن ذلك مثلاً تعريف الدكتور بدران. محمد محمد. النظام القانوني لمشروعات .B.O.T بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات B.O.T برعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي. القاهرة في ٧ ـ ٩ أكتوبر ١٩٩٧. ونصه: مشروعات B.O.T هي «تلك المشروعات التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائمة، ويقوم القطاع الخاص بتصميم وبناء وإدارة المشروع خلال فترة محددة يرتبط فيها راعي المشروع مع الحكومة بعقد امتياز يخوله الحصول على عائد المشروع طوال فترة الامتياز، على أن يقوم برد ذلك المشروع عند انتهاء تلك المدة بحالة جيدة». وتعريف المستشار محمود فهمي. بحث في عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني. مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات الـ B.O.T إعداد مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي. القاهرة في ٢٨ ـ ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠ ص ١، وكذلك ص ٩ وفي التعريف يقول: «أن تعهد الحكومة أو إحدى الجهات الإدارية إلى شركة ما، لإنشاء مرفق عام لإشباع حاجة عامة للجمهور، وذلك على حساب الشركة، ثم تتولى هذه الشركة إدارته، وتؤدي الخدمة لجمهور المنتفعين مدة معينة، تحت إشراف الجهة الإدارية ورقابتها، . . . إلخ.» وكما نوهنا فإن الدكتور إبراهيم الشهاوي قد عنون مؤلفه في هذا الخصوص بعنوان (عقد امتياز المرفق العام (B.O.T ولا يكاد تعريفه ص ٣ يخرج عن تعريف الدكتور بدران، المذكور أعلاه، وأيضاً د. حسبو.عمرو. التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام .B.O.T دراسة مقارنة ص ١٣٨، د. أحمد سلامة بدر. العقود الإدارية وعقد .B.O.T السابق ص ٣٥٦ وما بعدها، الأستاذ. أبوهلبية أسامة محمد المطيري. خوصصة المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل .B.O.T بحث لاستكمال متطلبات الماجستير في القانون العام من كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الملك محمد الخامس. المغرب. ط وزارة الإعلام الكويتية ٢٠٠٦ ص ٦. بل إن هذا الباحث يزعم أن الفقه والقضاء الحديث مستقران علي أن B.O.Tعقد التزام، وليس كما قال. انظر أستاذنا الدكتور أنس جعفر ص ٧٩ ـ ٨٤.

(٢) ومن ذلك مثلاً تعريف الدكتور عبد القادر. محمد عبد القادر. دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية مع مشروعات ال B.O.T نشر الدار الجامعية. الإسكندرية ٢٠٠١/٢٠٠٢ ص ٦٣٢، وقد عرفه بأنه «ذلك النوع من الاستثمار الذي يتولى فيه =

فقد وقعت عدة تعاقدات على تمويل مشروعات ترفيهية وسياحية وفقاً لنظامه(١).

وأخيراً فإن حصر الجهة الطالبة للتمويل في الحكومة أو إحدى الجهات الإدارية ـ كما هو ظاهر غالبية التعريفات ـ لا يسلم من النقد، لاسيما في ظل الاتجاه إلى الخصخصة، فقد يكون الباحث عن ممول بنظام B.O.T مشروعاً اقتصادياً خاصاً، ينشد ممولاً مقابل حق الانتفاع فترة من الزمن، على أن يعاد إليه المشروع في نهاية المدة لتكون له عليه كافة سلطات المالك على ملكه.

وتفادياً لهذا النقد، وتوسعة لدائرة التعاقد بنظام B.O.T، وعلاجاً لمشكلة نقص تمويل المشروعات الخاصة، ذهب بعض الشراح إلى تعريف عقد الـ B.O.T بأنه «قيام جهة غير حكومية بالحصول على امتياز حكومي، أو غير حكومي، بغرض إنشاء مشروع من مشروعات البنية الأساسية، أو مرفق من المرافق الهيكلية التحتية، على أن تقوم تلك الجهة، غير الحكومية، بتوفير التمويل اللازم لإقامة المشروع من مواردها الذاتية، ثم استغلاله فترة من الزمن، وإعادته في نهاية المدة للجهة التي تعاقدت معها»(٢).

= القطاع الخاص إقامة وتشغيل مشروع بنية تحتية، كان من المعتاد أن يقوم ببنائه وإدارته القطاع العام، أو الحكومة، على أن يتم تحويله مرة أخرى إلى الحكومة، بعد فترة كافية يتم فيها استرداد رأس المال المستثمر، وتحقيق عائد معقول».

(١) انظر مثلاً. د. ماهر محمد حامد. سابق ص ٩، ٢١ وما بعدها. ص ٥٨ وما بعدها، حيث يقول: «وقد انتشرت مشروعات ال B.O.T في الكويت إلى حد أن عدد الشركات والمؤسسات التي تعاملت معها شركة المشروعات السياحية وفق نظام ال B.O.T أو أنظمة استثمارية مشابهة فاقت السبعين شركة» ويقول ص ٦٦ وما بعدها: وفي مصر لم يقتصر التعاقد على تنفيذ المشروعات بنظام B.O.Tعلى المشروعات الحكومية إنما امتد أيضاً إلى المشروعات الخاصة».

(٢) د. محسن أحمد الخضيري. التمويل بدون نقود. نشر مجموعة النيل العربية، بدون تاريخ، ص ٢٤.

رأينا في تعريف عقد الـ .B.O.T:

في ضوء ما سقنا من تعريفات الشراح، وما ورد عليها من اعتراضات نستطيع أن نعرف عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T بأنه:

اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول على أن يقوم الأول بتمكين الثاني من إقامة منشأة بتمويل منه على ملك للأول، على أن يكون للثاني الحق في إدارة هذه المنشأة، وقبض العائد منها ـ كاملاً أو حسب الاتفاق ـ خلال فترة من الزمن متفق عليها، يتصور أن يسترد خلالها رأس ماله المستثمر، مع تحقيق عائد معقول، على أن يكون للمالك على المنشأة، صالحة للأداء المرجو منها، كافة حقوق الملك متى انتهت هذه المدة.

حيث قصدنا بقولنا:

١ ـ اتفاق: إبراز السمة التعاقدية، كأبرز خصائص نظام الـ B.O.T[١].

٢ ـ اتفاق مالك، أو من يمثله: وقصدنا بالمالك، كل من له على العين حقوق الملك، دون نظر إلى كونه من أشخاص القانون العام، أو من أشخاص القانون الخاص، فيستوي أن يكون الدولة، أو إحدى هيئاتها الإدارية، أو يكون شخصاً من الناس، أو كياناً خاصاً يتمتع بالشخصية المعنوية.

٣ ـ الممول: هو شخص أو أكثر ـ طبيعي أو اعتباري ـ يتمتع بملاءة تجعله قادراً على تمويل إقامة المشروع موضوع الاتفاق، وعادة ما يطلق عليه (شركة المشروع).

٤ ـ أن موضوع هذا الاتفاق هو:

أ ـ التزام المالك ـ أو من يمثله ـ بتمكين المستثمر من الوفاء بمسؤولياته، والتخلي له عن العين المستثمرة خلال الفترة المتفق عليها، ليكون له حق عمارتها وإدارتها واستغلالها.

---

(١) فلم يحل الخلاف حول طبيعتها دون الاتفاق على كونها من العقود. راجع أستاذنا الدكتور أنس جعفر ص ٧٩.

ب ـ التزام الممول بإقامة المشروع المتفق عليه، على ما يفيده مصطلح إقامة من معاني، كالدراسة المسبقة، أو ما يعرف بدراسة الجدوى، وتصميم المشروع، وتشييده، وتجهيزه على النحو الذي يجعله صالحاً للوفاء بالمنفعة المتغياة منه، أو تحقيق العائد المرتجى، ربحاً أو غيره، مع التزامه بأن يخلي في نهاية المدة المتفق عليها بين المالك والمشروع الصالح للاستمرار في الوفاء بالخدمة، أو تحقيق العائد منه، بدون مقابل، أو بمقابل يتفق عليه، ليظهر عليه المالك بسلطاته كاملة.

ج ـ يكون للممول الحق في إدارة هذا المشروع، وقبض العائد منه ـ كاملاً أو حسب الاتفاق ـ خلال الفترة المتفق عليها، والمتصور أن يسترد خلالها رأس ماله المستثمر، مع تحقيق عائد معقول.

د ـ يلتزم الممول، ويصطلح على تعريفه بشركة المشروع، في نهاية المدة المتفق عليها بتسليم المنشأة بكامل تجهيزاتها، وبحالة جيدة لاستمرار استغلالها من قبل المالك.

٥ ـ وقد عمدنا إلى التعبير بمصطلح (تمكين) تنبيهاً على أن المالك لا يفقد ملكية العين خلال مدة الإقامة والاستغلال، فكل ما للممول على العين هو حيازة تمكنه من التشييد والإدارة والاستغلال، خلال المدة المتفق عليها(١). وعلى ضوء ما جرى به العمل من تضمين عقود B.O.T نصوصاً تتضمن تقييد حرية شركة المشروع في التنازل عن العقد للغير، أو تمنعه من تحويل حقوقه والتزاماته إلى الغير إلا بموافقة جهة الإدارة (المالك) التي يكون لها الحق

(١) انظر في هذا المعني: الزميل محمد الروبي ص ٣٠ ـ ٣٧، حيث يرد سيادته القول الغالب ـ في الفقه القانوني ـ بأن شركة المشروع تتمتع بحق ملكية، مؤقتة غالباً، ودائمة في بعض الأحيان، على أساس من خصائص حق الملكية، لا سيما خاصة الديمومة، وبمراعاة ما تشترطه الجهة المستفيدة من قيود تمنع شركة المشروع من التصرف في المشروع، أو أي من أصوله أو مكوناته، أو أن ترتب عليه حقاً عينياً آخر، أما تلك الصورة التي تتملك شركة المشروع فيها المشروع تأبيداً فهي خصخصة وليست من قبيل الاستثمار بنظام B.O.T.

في رفض ذلك أو تعليقه على شروط معينة تقتضيها المصلحة العامة، وبمراعاة أن الإدارة تتخير للتعاقد معها ذا الكفاية المالية، والكفاءة الفنية، حسن السمعة ... إلخ، أي أنها تحرص على الاعتبار الشخصي فيما يتعلق باختيار المتعاقد وتنفيذ العقد[1] في ضوء ذلك كله نستطيع أن نقول: إن B.O.T يمكن المستثمر من حق انتفاع شخصي وليس من ملك منفعة.

كما تعمدنا التعبير بمصطلح (إقامة) لأنه أعم من مصطلح بناء، وأوفى من مصطلح إنشاء، ففي القاموس: قام بالأمر تولاه وقام على أهله: تولى أمرهم، وقام بنفقاتهم، وأقام الشيء: أدامه، وأنشأه موفي حقه، وأقام داره: أزال عوجه[2] وفي كتاب الله ﴿... فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُۥ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴿٧٧﴾﴾[3] قالوا: سواه، ورده كما كان، وأعاده جديدا[4] وفي جواب الخضر على موسى، عليهما السلام، ما يشعر بأن الإقامة تكون للزمن الطويل، قال

---

(١) انظر: د. الطماوي. سلمان. الأسس العامة في العقود الإدارية. ط خامسة. نشر دار الفكر العربي ١٩٩١ ص٤٣٨، د. الشهاوي. سابق. ص ١١٧، ٥٠ ـ ١٣٠، ولا ينفي هذه الحقيقة فرض قواعد العلانية والمنافسة على الإدارة في تعاقداتها بنظام B.O.T حسب الاتجاهات الفقهية الحديثة، إذ لم تزل هناك حرية كبيرة للإدارة في اختيار الملتزم، بل إن «من شأن فرض قواعد العلانية والمنافسة أن تمتد رقابة قاضي الإلغاء إلى قرار اختيار الملتزم، وذلك في حال الخطأ البين في التقدير، وهو الأمر الذي كان مستبعداً في ظل القواعد التقليدية» لمزيد من التفصيلات راجع عبد اللطيف.سابق ص ١١٩، وفي استعراض حرص الإدارة في مصر على تقيد حرية شركة المشروع في التصرف إلا بموافقة الإدارة انظر الزميل الروبي ص ١١٠ وما بعدها، ولعله من أبلغ الشواهد على أهمية الاعتبار الشخصي أن عقد B.O.T ينتهي عندما تنتهي شركة المشروع لأي سبب من أسبابها. د. ماهر محمد حامد ص ٤٣٥ ـ ٤٣٧.

(٢) انظر: لسان العرب لابن منظور، والمصباح المنير للفيومي، والوسيط إصدار مجمع اللغة العربية بمصر. مادة قام. وقد فضل الزميل الدكتور الروبي مصطلح تشييد باعتباره أعم من مصطلح بناء ص ٢١ وما بعدها.

(٣) الكهف من الآية ٧٧.

(٤) انظر: تفسير القرطبي ٣٣٩/١٣، وفتح القدير للشوكاني ٣٠٣/٣.

تعالى: ﴿فَأَرَادَ رَبُّكَ أَن يَبْلُغَآ أَشُدَّهُمَا وَيَسْتَخْرِجَا كَنزَهُمَا﴾[1].

٦ - وقد أغفلنا عمداً استعمال مصطلح إعادة لأن ملكية العين محل الاستثمار لم تخرج في الحقيقة عن ملك المالك، وما ثبت للممول عليها إنما هي يد عارضة، لا ترقى إلى يد التملك بالمعنى الدقيق[2] فهي لا تعدو أن تكون كيد المنتفع.

❋ ❋ ❋

(١) الكهف من الآية ٨٢.

(٢) انظر. د. ماهر محمد حامد ص ٢٠، وكما ذكر سيادته ص ٣٦ وما بعدها فإن جهة الإدارة المصرية قد حرصت في صياغة عقد مطار مرسى علم المبرم في ١٩٩٨/٢/٨ مع مجموعة الخرافي على تجنب استعمال كلمة ملكية، وفضلت استخدام مصطلح «إنشاء، وتشغيل، واستغلال» ويقول الصديق الدكتور ماهر بحق «وهي عبارة دقيقة في الاتجاه الذي نذهب إليه» وقد نقلنا قبل قليل عن الدكتور الروبي ما يفيد ميله إلى هذا الاختيار، ونوهنا إلى أصول رده على الرأي المخالف. وانظر عكس ذلك د. الشهاوي ص ٤٨.

المبحث الرابع
تاريخ نظام B.O.T

ليس دقيقاً الظن بحداثة تمويل المشروعات وفق عقود البناء والتشغيل والإعادة، وإن كانت النزعة الجارفة إلى الخصخصة بعد سيادة الفكر الاشتراكي في كثير من أرجاء العالم، واضطلاع الدولة - في كافة النظم - بأعباء التنمية والتمويل، تشي بذلك، لأن الالتجاء إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية بتمويل من القطاع الخاص عرف من قديم[1].

ومهما اختلف في تاريخ هذا النظام فإن أحداً لا يجادل في أن نظام B.O.T قد نشأ مع الثورة الصناعية بالولايات المتحدة الأمريكية، ومنها انتقل إلى أوربا، خصوصاً بريطانيا، حيث كان للمقاولين دور مهم في قيام كثير من مشروعات البنية التحتية، التي دعمت الازدهار الاقتصادي في ذلك الوقت[2].

كذلك لا جدال في أن عقود B.O.T تعد تطوراً في نظام الامتياز[3] وهو كما عرفته المادة ٨٦٨ من القانون المدني المصري «التزام المرافق العامة: عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق، وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال هذا المرفق فترة معينة من الزمن».

ولكن على أثر هيمنة النظام الاشتراكي، وزيادة تدخل الدولة في

---

(١) انظر: د. ماهر محمد حامد. سابق ص ٤٧ وما بعدها.، وربما ردوا هذه المعاملة إلى الرومان بناءً على عقد الأميفيتوز الذي سيأتي الكلام عنه.

(٢) السابق ص ٤٨.

(٣) انظر: د. إبراهيم الشهاوي. عقد امتياز المرفق العام. سابق، ص ٣.د. عمرو حسبو. التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام .B.O.T دراسة مقارنة ص ١٣٨.

إدارة واستغلال المرافق العامة استغلالاً مباشراً، حيث تم تأميم أكثر المشروعات التي كانت تدار بمعرفة القطاع الخاص، اضمحل نظام الامتياز حتى انحصر - في مصر مثلاً - في استغلال بعض موارد الثروة الطبيعية، لا سيما المنتجات البترولية[١].

وفي منتصف السبعينات من القرن الماضي سادت تلك الدعوات الاقتصادية التي تنادي بتقليص دور الدولة في إنتاج السلع وأداء الخدمات، وتركها للقطاع الخاص، فهو الأقدر عليها، وسرعان ما استجابت بعض النظم، كبريطانيا التي استهلت في العام ١٩٧٩ نظام الخصخصة، ومنها انتشر إلى كثير من دول العالم، الاشتراكية منها والرأسمالية، والمتقدمة منها والنامية، بل كانت الأخيرة أكثر استجابة له من غيرها. وعندئذ تعاظم دور الامتياز من جديد، غير أن الامتياز وفقاً لآليته الجديدة التي عرفت بنظام B.O.T كان أنجعها في إنشاء وإدارة واستغلال المرافق العامة، لخصائصه ومزاياه التي سنأتي على ذكرها بعد[٢].

وأخيرا فإن غلبة التمويل بنظام B.O.T على المرافق العامة، لم يحل دون أن يكون للمشروعات الاقتصادية الخاصة نصيب، فبعض النوادي الخاصة، وكذا بعض شركات القطاع الخاص (المصرية) قد تعاقدت على إسناد بعض مشروعاتها إلى جهات خاصة أخرى لتنفذها وفق نظام B.O.T[٣]. ويعد مركز عبد الله الأحمد الترفيهي، وهو ضمن مكونات مشروع القرية التراثية بدولة الكويت مثالاً نموذجياً في ذلك.

الاستثمار الوقفي بأسلوب الـ B.O.T:

في خبر على الصفحة الإلكترونية لدار الإفتاء اللبنانية بتاريخ

---

(١) السابق ص ١٣ وما بعدها، ٣٦ - ٣٨.

(٢) راجع: د. ماهر محمد حامد ص ٤٩ وما بعدها، ٥٥ - ٥٩. وكما ذكر فإن مشروعات التمويل بهذا النظام فقاربت في حقبة التسعينات مبلغ الأربعمائة دينار.

(٣) د. ماهر محمد حامد ص ٦٦ وما بعدها.

٢٠٠٨/٦/٢، أنه في إطار مشاركته في مؤتمر دبي الدولي للاستثمارات الوقفية ألقى مفتي الجمهورية اللبنانية محاضرة في موضوع الاستثمار الوقفي في لبنان، أشار فيها إلى أن استثمار الأملاك الوقفية في لبنان يتم عن طريق عقود B.O.T[1] التي يقوم بها أصحاب المشاريع العمرانية.

وعلى صفحة مؤسسة تنمية أموال الأوقاف الأردنية ورد الخبر أن المؤسسة تستثمر الأوقاف وفقاً لعدة أساليب، من بينها نظام B.O.T، وأن من المشروعات التي وقعت اتفاقيات لتنفيذها من قبل القطاع الخاص بأسلوب الإجارة الطويلة (B.O.T) مشروع فلل الصويفية، ومشروع الاستقلال مول. وتجري المؤسسة حالياً مفاوضات مع بعض المستثمرين من القطاع الخاص لتنفيذ مشروعات استثمارية على بعض قطع الأراضي الوقفية في عمان وعجلون والعقبة.

وفي خبر نشرته صحيفة الرياض السعودية بعددها رقم ١٤٤٩٧ بتاريخ ٢٥ صفر ١٩٢٩، في لقاء مع وزير الأوقاف اليمني أشار فضيلته إلى تبني وزارته لصيغ جديدة لم تكن مستعملة أو معروفة من قبل، وعلى رأس هذه الصيغ نظام الـ (B.O.T) الوقفي.

وعلى ما نشرت جريدة الخليج الإماراتية فإن مؤسسة الأوقاف وشؤون القصر بإمارة دبي تنفذ حالياً عدداً من المشاريع العقارية تبلغ تكلفتها نحو مليار درهم، إضافة إلى توقيع عقود لإقامة ١٥ مشروعاً جديداً بنظام الـ B.O.T على أراضي الأوقاف المملوكة للمؤسسة، وذلك في إطار خطة المؤسسة الاستراتيجية لزيادة وتنمية أموال القصّر، على ما ذكر مدير إدارة الاستثمار والتطوير العقاري.

---

(١) وهو مقترح سابق للشيخ مروان عبد الرءوف قباني ضمن ورقته المعنونة: «تجربة الأوقاف الإسلامية في الجمهورية اللبنانية» مقدمة إلى ندوة التطبيقات الاقتصادية الإسلامية المعاصرة، التي نظمها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، الدار البيضاء في ٩ ـ ١٢محرم ١٤١٩، الموافق ٥ ـ ٨ مايو ١٩٩٨. انظر: مهدي. محمود أحمد. نظام الوقف في التطبيق المعاصر. نماذج مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية، إصدار البنك الإسلامي للتنمية والأمانة العامة للأوقاف بالكويت ١٤٢٣ هـ ص ٨٧.

المبحث الخامس
خصائص عقد B.O.T

عقد B.O.T يشتبه بجملة من أساليب الاستثمار، المعاصرة منها، والقديمة، وإنه وإن كان تطوراً لنظام الالتزام إلا أن بينهما بعض اختلافات، وفيما يلي نعرض لخصائص عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء ما أوضح الشراح، على أن نتبع ذلك ببيان أوجه الفرق بينه وبين ما يشبهه:

أولاً: نظام B.O.T نظام تعاقدي:

إذ ينشأ بتوافق إرادتين ـ أو أكثر ـ على إنشاء مشروع معين، بتمويل من المستثمر، على أن يكون له حق إدارته، وجني عائده، خلال فترة محددة، ثم يعيده إلى المالك في حالة جيدة تسمح باستمرار استغلاله مستقبلاً، وهذا المعنى يفيد أن إرادتين اتجهتا إلى إحداث أثر معين، فتوافقتا عليه، بالصيغة المناسبة، بعد أن تراضيا على جميع أركان الاتفاق المنشئ له، وليس العقد إلا ذلك(١).

---

(١) راجع في تعريف العقد كتابنا مقدمة الشريعة الإسلامية. دراسة في الفقه الإسلامي وأبرز قواعده ونظرياته الكبرى. نشر دار النهضة العربية. القاهرة ٢٠٠٧ ص ٣٧٣ وما بعدها. والمصادر المشار إليها فيه.
ولا ينفي الصفة التعاقدية عن اتفاق الإدارة مع شركة المشروع أن يتخذ التعبير عن الإدارة ـ خصوصاً من جانب الإدارة أشكالاً غير معهودة في العقود الخاصة البسيطة، وكما تقول محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٥٦ فإن «التعبير عن إرادة جهة الإدارة غالباً ما يتم في شكل عملية مركبة متشابكة، وقد يكون على مراحل متعددة، في فترات متلاحقة، على حسب الأحوال، وعادة ما يسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفة من الإجراءات والتدابير التي تمهد وتهيئ لمولد ذلك التصرف، الذي قد تعقبه طائفة أخرى من تدابير، وإجراءات التصديق، والاعتماد اللازم لإبرام العقد، وتكون مكملة له، مستهدفة إعمال أحكامه، وتطبيق بنوده. . .إلخ. نقلاً عن د.=

ولا يغير من هذه الحقيقة وجود اتفاقات فرعية عديدة، كاتفاق الترخيص الذي تبرمه الإدارة مع المستثمر، وما قد يعقد بين شركة المشروع وبعض جهات الإقراض أو التمويل التي يلجأ إليها لتدبير مبالغ التمويل اللازمة، أو ما يعقد بين شركة المشروع ومقاول التشييد، أو بينها وبين شركات الصيانة، ونحو ذلك، لأن المعول عليه في الحكم هو هذا الاتفاق الذي يتم بين المستثمر (شركة المشروع) والمالك ـ أو نائبه ـ وهذا الاتفاق تتوافر فيه سمات العقد[١].

ثانياً: عقد B.O.T من عقود التمويل والاستثمار:

التمول في اللغة معناه: اكتساب المال، يقال: تمول الرجل: صار ذا مال[٢] وفي اصطلاح الاقتصاديين يعني «التغطية المالية لأي مشروع أو عملية اقتصادية»[٣] ولعل الأدق هنا أن يقال: التمويل هو: تغطية نفقات أي مشروع أو عملية اقتصادية، لأن المال أعم من أن يكون نقداً أو عيناً.

أما الاستثمار فهو في اللغة: طلب الحصول على الثمرة، ويطلق على التكثير، يقال ثمر ماله، وأثمر: أي كثر[٤]... وعرفه مجمع اللغة

= الشهاوي ص ١٤٦، وهذا الحكم ينسجم تمام الانسجام مع قول شيخ الإسلام ابن تيمية في أن العقد ينعقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ، وليس لذلك حد مستمر، لا في شرع، ولا في لغة...، ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم، إذا كان ما تعاقدوا به دالاً على مقصودهم». الفتاوى. نشر دار الغد العربي. ط أولى ٣٠١/٣ وما بعدها، الشوكاني. محمد بن علي. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار. ط المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ٢٦٥/٢.

(١) انظر: أستاذنا الدكتور أنس جعفر ص ٨٣، د. أحمد سلامة بدر. العقود الإدارية وعقد B.O.T ص ٣٧٢ ـ ٣٧٤، د. إبراهيم الشهاوي ص ١٣١، وما بعدها، د. ماهر محمد حامد ص ٤٣ وما بعدها.

(٢) انظر: لسان العرب لابن منظور، المصباح المنير للفيومي، مادة (م ول).

(٣) فقه استثمار الوقف وتمويله. رسالة ص ١١٣.

(٤) لسان العرب، والمصباح المنير. مادة ثمر.

العربية بأنه استخدام الأموال في الإنتاج، إما مباشرة بشراء الآلات، وإما بطريقة غير مباشرة كشراء الأسهم والسندات[1].

وفي الاصطلاح: طلب الزيادة بكل سبيل سائغ شرعاً[2].

وفي نظام B.O.T يطلب المالك ـ أو من ينوب عنه ـ التمويل بغرض استثمار ثروة طبيعية، أو عين مملوكة خربت أو وهنت ثمرة الانتفاع الحالي بها، أي: أنه يسعي في الأساس إلى تغطية نفقات استثمار جديد، في حين يسعى المستثمر إلى تشغيل ما يملك من نقد ـ فضلاً عما له من طاقة ـ لزيادته بالطريق السائغ شرعاً، أو قانوناً، ويجمع الشراح على أن التمويل هو العنصر الأهم في مشروعات B.O.T، فما لجأت إليه الدول والهيئات إلا لعجزها عن تمويل المشروعات، أو المرافق[3].

ولاعتباره شكلاً من أشكال الاستثمار أهمية في تمكين المستثمر من الاستفادة من قوانين الاستثمار، التي عادة ما تقدم تسهيلات في الإجراءات، ومزايا في الإنتاج والتسويق، وإعفاءات من بعض الرسوم والضرائب[4].

---

(١) المعجم الوسيط. مادة ثمر.

(٢) د. نزيه حماد. الفقه الاقتصادي ص ٤٦٧. ويعرف القانونيون الاستثمار بأنه: تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير تنظيم مباشر د. حازم جمعة. المشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي. رسالة للدكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس ١٩٨٠ ص ١٥٧، وهو تعريف مقصور على الاستثمارات الدولية.

(٣) انظر: د. ماهر محمد حامد ص ٤٤ وما بعدها. د. أحمد سلامة بدر ص ٣٧١. د. الشهاوي. ص ٤٧.

(٤) د. ماهر محمد حامد ص ٤٥، ولهذا، ولغيبة التشريع الكامل الذي ينظم التعاقد وفق نظام B.O.T في مصر فإن القوانين الصادرة في ظل التوجه إلى إشراك القطاع الخاص في التنمية (وأبرزها القانون ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ في شأن اختصاصات هيئة كهرباء مصر، والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بشأن الطرق العامة، والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة وتشغيل المطارات وأراضي النزول، والقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ في شأن الموانئ المتخصصة) كلها تضمنت النص على عدم التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة. انظر الشهاوي ص ٣٩.

ثالثاً: عقد B.O.T عقد ذو طبيعة خاصة:

- لا جدال في أن أكثر التمويل بأسلوب B.O.T كان ـ ولم يزل ـ وليد التجاء الدولة إلى طلب التمويل لإقامة مشروعات البنية التحتية، والمرافق العامة، ومن هذا المنظور صح أن يقال: إن B.O.T عقد امتياز في صورة متطورة، حيث تعهد الإدارة للملتزم، على نفقته ومسؤوليته، بمهمة إنشاء وإدارة واستغلال مرفق عام لمدة معينة، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات مرفق الامتياز، مع الخضوع للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فضلاً عن الأحكام الواردة في وثيقة الامتياز»[١] أي: أن العقد يحتوي على شروط استثنائية لصالح الإدارة أو الدولة، وهذه الشروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص[٢] وعلى أساس ذلك قيل: إن عقود البناء والتشغيل والإعادة عقود إدارية[٣].

- وعلى النقيض مما تقدم يرى بعض الشراح أن عقود البناء والتشغيل والإعادة من العقود المدنية، أو ما يسمى بعقود القانون الخاص، نظراً لغلبة مبدأ سلطان الإرادة على أحكامه، بل قد

---

(١) د. الشهاوي ص ٣.

(٢) أبو هلبية. خوصصة المرافق العمومية. سابق ص ٧٧.

(٣) راجع: أستاذنا الدكتور أنس جعفر ص ٧٩ وما بعدها، د. أحمد سلامة بدر ص ٣٨٣، أبو هلبية ص ٧٨ حيث يشير في الحاشية إلى أحكام صادرة عن القضاء الإداري الكويتي، والمحكمة الإدارية العليا المصرية.ويعد الزميل محمد الروبي من أشد القانونيين انتصاراً للقول بأن عقد B.O.T من العقود الإدارية، وذلك لما لاحظه من أن استثنائية الشروط في مجموعة عقود B.O.T التي عقدتها مصر خاصة ثابتة بما لا يدع مجالا لإنكارها، أو التشكيك في إدارية العقود التي تتضمنها، ويقول: «المستقر عليه في الفقه الإداري أن الشروط الاستثنائية هي (نصوص موضوعها منح المتعاقدين حقوقاً أو تحميلهم بالتزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن الاتفاق عليها بحرية بين المتعاقدين في ظل القوانين المدنية والتجارية) والمتعمن في عقود B.O.T يجدها تتضمن كافة أنواع الشروط الاستثنائية التي استقر عليها الفقه والقضاء».

استقر العمل على أن يوضح المتعاقدان في العقد أنه مدني، ويقولون: إن من مصلحة الإدارة ألا تظهر في ثوب السلطة العامة حتى لا يحجم الممولون عن التعاقد معها[١].

- ويجمع رأي ثالث بين الرأيين السابقين فيقول: إن عقد B.O.T عقد إداري مركب لأنه ينشأ في ظل النصوص التعاقدية (المدنية) ولكنه في جانب منه ينفذ تحت سلطان النصوص التنظيمية، التي ترسم الطريق لإدارة المرفق (موضوع العقد) وبمقتضى النصوص التنظيمية تملك جهة الإدارة تعديل العقد بما يتفق مع مصالحها العليا[٢].

- وأخيرا فإن من الشراح من يرى أن عقود B.O.T ذات طبيعة خاصة، فلا هي مدنية، ولا هي إدارية، بالمطلق، وإنما يكيف كل تعاقد بهذا الأسلوب في ضوء شروطه، وعناصره، والظروف والملابسات المحيطة به، وعلى أساس هذه النظرة الشاملة يصح أن يصنف عقد ما منها ضمن عقود القانون العام، في حين يصنف تعاقد آخر ضمن عقود القانون الخاص[٣].

وعلى أساس هذا الرأي الأخير - وهو ما نميل إليه - تطرد الدعوات بوضع تنظيم قانوني خاص يناسب طبيعة هذا العقد، ويعالج

---

(١) من أنصار هذا الرأي الصديق ماهر محمد حامد. ص ٤٥ وما بينها، ولأنه كذلك فقد حرص الدكتور ماهر على أن يستقصي صفات هذا العقد في ضوء النظرية العامة للعقد في القانون المدني، وخلص إلى أن عقد B.O.T من العقود غير المسماة، وهو من العقود الرضائية، وملزم للجانبين، ومن العقود الزمنية، وأخيراً فإنه يتردد بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي، على حسب ما يتبين من الاتفاق. انظر ص ١٤٦ - ١٤٩.

(٢) انظر: د.أحمد سلامة بدر ص ٣٨٤ وما بعدها، وسيادته يشير إلى الدكتور محمد محمد بدران. محاضراته بعنوان: B.O.Tفي القانون المصري ٢٠٠١ ص ١١.

(٣) يقول بذلك أستاذنا الدكتور أنس جعفر ص ٨٢ - ٨٤، معزياً القول بذلك إلى د. خالد بن محمد العطية في رسالته للماجستير النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية. مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة ص ٧٣، وبه يقول الدكتور أحمد سلامة بدر ص ٣٨٥ وما بعدها.

الاتفاقات الأخرى المتفرعة عنه، ويضع القواعد لبعض المشكلات التي يثيرها في الواقع.

ومن جانب آخر فإنه في سبيل الاحتياط للمالك المحلي، ولمصلحة المرافق العامة ينصح بإعداد كوادر مؤهلة تأهيلا كافيا لرعاية مصالح المالك إدارياً وتنظيمياً واقتصادياً عند التعاقد، ومعالجة المشكلات التي تواجه المشروع أثناء إنشائه، أو تشغيله، والتأكد من جدية شركة المشروع، والتزامها بالتنفيذ حسب المتفق عليه.

* * *

المبحث السادس

تمييز عقد B.O.T عما يشتبه به من نظم التمويل الأخرى

عقد الـ B.O.T شكل من أشكال عدة تتبع في تمويل المشروعات الخدمية والاقتصادية التي لا تكفي موارد الجهة الطالبة في تهيئتها للوفاء بالغرض المنشود منها، خدمياً كان أم ربحياً، فإلى جوار نظام الـ B.O.T وجدت أنظمة أخرى شبيهة:

أولها: نظام الـ B.O.O.T:

وهو اختصار للمصطلح الغربي Build Operate Ownership Transfer وتعني: بناء وتشغيل وتملك ونقل الملكية، ولا يفهم من مصطلحي (تملك ونقل الملكية) أن شركة المشروع (الممول) تمتلك المشروع طوال فترة الاتفاق، بل هو كنظام B.O.T تكون يد شركة المشروع عليه يداً عارضة كما بينا، إلا أنه من الناحية العملية فإن عقود الـ B.O.O.T تعقد لمدة أطول من عقود B.O.T، وغالباً ما يلجأ إليها في المشروعات التي يكون عائدها ضعيفاً، لذا احتيج فيها إلى المدة الطويلة ليتمكن الممول من استعادة ما تكبده من نفقات، وتحقيق عائد معقول؛ وفيما خلا ذلك فإن عقود B.O.O.T تتفق مع عقود B.O.T[1].

ويبدو لي أن ثمة شبهاً بين النظامين (B.O.T، B.O.O.T) ونظام الأمفيتيوز، وهو نظام عرف في أخريات العصر الروماني، وأقره القانون الفرنسي الحديث، وحقيقته كما يقول بعض الباحثين «لفظ يوناني معناه الغرس والتلقيح، ويطلق على إقامة الرجل مكان غيره، والتمتع بملك

---

(١) انظر: أستاذنا الدكتور أنس جعفر ص ٧٤ وما بعدها، د. حمدي عبد العظيم ص ١١١ وما بعدها.

الغير مع إمكان الغرس، ومفهومه الاصطلاحي: كراء العقار لمدة أقلها عشرون سنة، وأكثرها تسع وتسعون، وبمقتضاه يلتزم المستأجر بتصليح العقار أو الأرض بجعلها صالحة للزراعة، بأجرة زهيدة عادة، وللمستأجر على المنشأة حق عيني، فله أن يرهنه، وأن يبيعه، على أنه يلتزم عند نهاية المدة برد العين المستأجرة خالية من كل تصرف، ولا يلزم المؤجر شيء مقابل ما استحدثه المستأجر من الإصلاحات»[1].

وينزع بعض الشراح ـ ولا نوافقه ـ إلى اعتبار الأمفيتيوز أصلاً تاريخياً لنظام الحكر[2] وكما قلنا فإن ما بينه وبين B.O.T مجرد شبه، وإلا فإن عقد البناء والاستغلال والتسليم أعم من الأمفيتيوز الذي لا يرد إلا على تعمير الأرض بالزراعة والغرس، وكما قالوا فإن للمستأجر على المستحدثات حقاً عينياً يخوله ـ طوال مدة العقد ـ سلطات المالك، وليس كذلك الأمر في B.O.T كما بينا.

ثانياً: عقود الـ .B.O.O:

وهو اختصار للمصطلح Build Operate Ownership، ومعناه البناء والتشغيل والتملك، ويقصد بها: تلك العقود التي تبرم بين شخص من أشخاص القانون العام ومستثمر، أو مجموعة مستثمرين، بقصد إقامة المستثمر مشروعاً، وتأسيسه، وتملكه، والإشراف على تشغيله طوال المدة المحددة، على أن يكون للجهة العامة نصيباً من الإيرادات التي يحققها المشروع، طوال مدة العقد، فإن لم ينته المشروع بانتهاء عمره الافتراضي ـ بانتهاء مدة العقد ـ تعين على الجهة العامة إما تجديد امتياز المستثمر، وإما تعويضه عن حصص الملكية، وفقاً لتقييم أصول وخصوم المشروع، وحائذ يحق للجهة الإدارية إدارة المشروع أو التعاقد مع

---

(١) أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي. ص ٨٨.

(٢) ذكر ذلك عبد العزيز فهمي في التعليق على مدونة جوستنيان ص ٢٣٠، والدكتور عبد الرزاق السنهوري. في الوسيط في شرح القانون المدني. ١٤٣٥/٦. نقلاً عن أحكام الحكر ص ٨٩.

آخرين على إدارته، من خلال عطاءات مقدمة يتم اختيار أفضلها[١].

ويصح أن يقال، في حال انتهاء المشروع بانتهاء مدة العقد: إن هذا شكل من أشكال الخصخصة، ويخرج عن نظام B.O.T[٢].

وفي حال البقاء فإن لهذا النظام شبهاً بما عرف في الفقه الإسلامي بـ (المرصد)[٣] أو (حق القرار)[٤] وقد كان عليه عمل أهل الديار الشامية في العصر المملوكي، ويسند القول بجوازه إلى الحنابلة، وخرجه متأخرو الأحناف من حكم الاستدانة على الوقف لمصلحته[٥].

وصورة الرصد: معاملة على عقار موقوف، محتاج إلى التعمير الضروري فيقع الاتفاق ـ أو الإذن ـ بالتعمير على نفقة المستأجر، بمال معجل يسمى خدمة، بنية الرجوع على الوقف عند حصول مال فيه، أو اقتطاعه من الأجرة في كل سنة، على أن تكون العمارة للوقف، وللمعمر (المستأجر) حق القرار[٦].

وأبرز ما بين المرصد وB.O.O من فرق هو أن الواجب في المرصد أجرة متفق عليها ابتداء، وفي الـ B.O.O يثبت للمالك جزء من عائد المشروع ما دامت مدة العقد باقية لم تنته، فإن انتهت فالمستحق يخضع للاتفاق، وللمالك الحق في إدارة المشروع، أو إسناد إدارته إلى آخر.

ثالثاً: عقود البلت B.L.T:

اختصاراً لمصطلح Build Lease Transfer وتعني: عقود البناء

---

(١) في هذا المعنى. د. أحمد سلامة بدر. العقود الإدارية وعقود B.O.T ص ٣٥٨ وما بعدها، أستاذنا الدكتور أنس جعفر ص ٧٦.

(٢) د. ماهر محمد حامد ص ٣٧ وما بعدها.، د. محمد محمد عبد اللطيف. سابق ص ٩٧ وما بعدها.

(٣) انظر أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي ص ٦٠.

(٤) انظر الزميل العزيز د. عبد الستار الهيتي. الوقف ودوره في التنمية. ص ٧١.

(٥) انظر أحكام عقد الحكر ص ٦٠ وما بعدها.

(٦) السابق ص ٦٠، د. الهيتي ص ٧١.

والتأجير والتحويل، وبمقتضاه يقوم المستثمر ببناء المشروع، وتملكه مؤقتاً، ثم تأجيره للمالك أو للغير تأجيراً تمويلياً، ثم تحويل ملكيته إلى الدولة في نهاية مدة العقد، وعادة ما يتخذ مع المشروعات والمرافق التي تحتاج إلى معدات وآلات رأسمالية لتشغيلها[١]. ويختلف عن نظام B.O.T في أن شركة المشروع لا تتولى التشغيل والإدارة، وإنما تحصل على مقابل الإنشاء أجرة يدفعها المستأجر ـ وكثيراً ما يكون المستأجر هو مالك الأرض ـ طوال مدة العقد.

ولا يكاد هذا النظام يخالف صيغة الاستثمار بالاستصناع[٢] وحقيقته، كما هو معروف ـ أن يتفق مالك ـ أو نائبه ـ مع ممول على تنفيذ مشروع ما بتمويل منه على أرض الأول وفق المخططات والأوصاف التي وضعها، ومتى تم التنفيذ تسلم الأول المشروع، ليستغله، ويسدد كلفته، شاملة الربح، على أقساط للجهة التي تولت التنفيذ والتمويل[٣]، ومعلوم أن مجمع الفقه الإسلامي قد أجاز الاستصناع بقراره رقم ٣/٧، وأجاز المقاولة والتعمير بقراره رقم ٣/١٤، وهذا إن وقع التأجير للمالك. فإن كان التأجير لغير المالك أشبه B.L.T

---

(١) د. أنس جعفر ص٧٦ وما بعدها.

(٢) راجع في أحكام الاستصناع: د. البدران. كاسب. عقد الاستصناع، أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي. الطبعة الثانية، وهي دراسة أعدت للحصول على الماجستير من معهد القضاء العالي بجامعة الإمام محمد بن سعود، ويقول مقرظها الشيخ عثمان الصالح (جمعت من كل ما لذ وطاب)، د. القرة داغي. علي محيي الدين. استثمار الوقف وطرقه القديمة والحديثة. نظرة تجديدية للوقف واستثماراته. ملف ـ غير مرقوم ـ متاح من خلال مكتبة مشكاة الإسلام، نظام الوقف في التطبيق المعاصر. مجموعة مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية. سابق ص٥٧، د. الهيتي. الوقف ودوره في التنمية ص ٨٤ ـ ٨٨، الكندي. ماجد بن محمد. المعاملات المالية والتطبيق المعاصر. نشر مكتبة الجيل الواعد. عمان ص ٤٨١ ـ ٤٨٩، د. العمار.عبد الله بن موسى. استثمار أموال الوقف ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول. الكويت ٢٠٠٣/١٤٢٤ الجزء الأول ص ٢٢٨ وما بعدها.

(٣) في هذا المعنى الدكتور الهيتي ص ٨٧، وقارن كاسب البدران ص ٥٩ ـ ٦١، د. العمار ص ٢٢٨ وما بعدها.

المرصد[1] في بعض أحكامه، حيث يثبت للمعمر حق القرار، فيستوفيه بنفسه، أو بالتأجير إلى غيره حتى يستوفي ما أنفقه، وإن كان الممول في المرصد مستأجراً ابتداء.

رابعاً: عقود البتو B.T.O:

اختصاراً لمصطلح Operate Build Transfer وتعني: البناء ونقل الملكية والتشغيل، ويقصد بها: تعاقد الحكومة مع المستثمر الخاص على بناء المشروع، أو المرفق العام لحساب الحكومة التي تبرم معه عقداً آخر، لإدارة وتشغيل المشروع، خلال فترة الامتياز، وذلك مقابل الحصول على إيرادات التشغيل، وواضح أن المشروع لا يخرج عن يد الإدارة إلا بناء على العقد الثاني[2].

ولعله من قبيل عقد الإجارتين المعروف في فقهنا الحنيف، حيث تقوم الجهة الراغبة في الإحياء بدفع الأرض البور، أو الخربة، لمن يتعهد بعمارتها، على أن يدفع للجهة المالكة أجرتين: معجلة: وتكون مساوية لقيمة العين المؤجرة، أو مقاربة لها، وتنفذ في إقامة المشروع. ومؤجلة: وتدفع كل سنة يتجدد العقد عليها، ولا تعدو أن تكون مبلغا رمزيا، غرضه إثبات العلاقة الإيجارية، وأن يد المستفيد يد عارضة[3].

---

(١) أحكام عقد الحكر ص ٦٠ ـ ٦٢.

(٢) راجع: د. أحمد سلامة بدر ص ٣٥٩.

(٣) انظر: د. الهيتي ص ٦٨ ـ ٧١، عبد القادر بن عزوز. فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام. دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري. رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله مقدمة إلى قسم الشريعة بكلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر ١٤٢٤/٢٠٠٤ ص ٢٤٨ وما بعدها، د. القرة داغي. الورقة السابقة، وقد ذكر فضيلته أن هذه طريقة ابتكرها الفقهاء لتعمير الأوقاف التي احترقت في إستانبول سنة ١٠٢٠ هـ فعالجت مشكلة عدم جواز بيع العقار، وحققت في الوقت ذاته الغرض المنشود من البيع من خلال الأجرة الكبيرة المعجلة، وبالأجرة الاسمية حمي العقار الموقوف من أن يدعى ملكه من قبل المستأجر في الأمد الطويل.

خامساً: عقود الدبفو D.B.F.O:

اختصاراً لمصطلح Design Build Finance Operate، ويعني التصميم والبناء والتمويل والتشغيل.

وكما هو واضح من اسمها فإن الحاجة إليها تظهر عندما يكون المشروع المبتغى مما يحتاج إلى دقة خاصة في التصميم، كبعض الجسور، والأنفاق، والمطارات، ونحوها، فيبتدئ الاتفاق على التصميم، ثم على البناء، والتمويل المستمر والكاف لحسن إدارة المشروع، على أن يكون للمستثمر حق تشغيله خلال مدة العقد ليسترد من العائد ما تكبده من نفقات مع تحقيق ربح معقول.

وكما يقول الشراح فإنه أقرب النظم إلى نظام B.O.T، غير أنه أكثر تفصيلاً فيما يتعلق بالتصميم والتمويل(١) ويقترب من نظام B.O.O من ناحية حصول الإدارة على مقابل الأرض، وعلى نسبة من الإيرادات، نظير منح شركة المشروع الامتياز، وبانتهاء المدة يحق للحكومة تجديد امتياز التشغيل، أو منحه لمستثمر آخر، مع دفع تعويض مناسب، إن كان له مقتض، للمستثمر مالك المشروع(٢).

وتشبه هذه أن تكون مشاركة متناقصة لصالح المالك، حيث يعطي المستثمر الحق للمالك ـ الإدارة أو الوقف ـ في الحلول محله في ملكية المشروع على دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها(٣) «وهذه معاملة تجمع بين عناصر مشروعة، وليس فيها ما يخالف نصاً شرعياً،

---

(١) د. ماهر محمد حامد ص ٣٨.

(٢) انظر: أستاذنا الدكتور أنس جعفر ص ٧٨.

(٣) انظر: د. القرة داغي. تنمية أموال الوقف والحفاظ عليها. بحث منشور بمجلة أوقاف س ٤ ع ٧ ز الكويت ٢٠٠٤/١٤٢٥ ص ٥٠ وما بعدها.، د. الهيتي ص ٧٩ ـ ٨٢، ويعتبرها الأخ الدكتور الهيتي شركة ومضاربة، ويقول إنها صيغة اعتمدها مجمع الفقه الإسلامي بالدورة الرابعة، القرار ٢١٦٥/٣ كتعامل شرعي في استثمار الأموال الوقفية وتنميتها.

ولا يناقض قاعدة كلية عامة»[١].

سادساً: عقود الموت: .M.O.O.T:

اختصاراً للمصطلح Modernize Own Operate Transfer ويعني التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية، ولا يختلف عن B.O.T إلا في وروده على تحديث مشروع قائم بالفعل، في حين يرد B.O.Tعلى مشروع يراد استحداثه[٢].

سابعا: اختلاف عقد B.O.T عن بعض العقود المدنية والإدارية الشبيهة.

(أ) ذكرنا في التعليق على الفرق بين عقد B.O.T وعقد B.O.O أن الثاني قد ينتهي بانتهاء المشروع ذاته، وقلنا: إنه عندئذ يعد صورة من صور الخصخصة، ويخرج عن نظام B.O.T، فالخصخصة عقد بيع تبرمه الإدارة مع شخص خاص لنقل ملكية مشروع - أو جزء منه - مملوك للدولة مقابل ثمن، فإن عبرنا بلغة الفقه الإسلامي قلنا: إن الإدارة تُقْطِع هذا الشخص إقطاع تمليك، ومن أبرز آثاره أن سلطة الإدارة على المبيع تزول كلية، وليس كذلك الحال في عقد B.O.T حيث لا يخرج المشروع عن ملك الدولة، التي لها من خلال ما تضعه من شروط وقيود حق السيطرة في كل مراحل المشروع، بدءاً من التصميم حتى التخلية والتسليم، مروراً بالإدارة والتسيير والاستغلال[٣].

(ب) كما يختلف عقد B.O.T عن عقد الأشغال العامة، حيث تنتهي مهمة المقاول في عقد الأشغال بإنشاء المشروع، وتسليمه إلى الجهة الإدارية، دون أن يكون ملزما بتقديم أية خدمات للجمهور، وليس له أي حق في الإدارة، وليس كذلك الأمر في عقد B.O.T الذي يتيح

---

(١) د. شبير. محمد عثمان. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي. نشر دار النفائس، الرابعة ١٤٢١/٢٠٠١ ص ٣٤١ وما بعدها.

(٢) راجع: د. عمرو حسبو. سابق ص ١٠٥ وما بعدها.

(٣) راجع: د. محمد محمد عبد اللطيف ص ٩٧ وما بعدها، د. الشهاوي ص ٥٠.

لشركة المشروع الإدارة والاستغلال حتى إعادة المشروع إلى الإدارة[١]..

(ج) ويختلف عقد B.O.T عن عقد التأجير التمويلي الذي يعتبر «وسيلة من وسائل التمويل العيني، بمقتضاه يقوم المؤجر التمويلي بتأجير معدة أو آلة أو عقار يحتاجه المستأجر، في مشروع إنتاجي أو خدمي، لمدة معينة؛ مقابل أجرة محددة يؤديها طوال مدة الإيجار، وفي نهاية المدة إما أن يختار المستأجر شراء المعدة أو العقار بالقيمة المحددة في عقد الإيجار، وإما أن يعيدها إلى المؤجر مرة أخرى»[٢] ولا شك أنه يختلف عن عقد B.O.T اختلافاً يقينياً.

(د) ويقول الشراح: إن عقد B.O.T يختلف عن العقد المُجَمَّع، على الرغم من أنه ـ أي: B.O.T ـ بحكم طبيعة نشاطه يجمع عدة عناصر مستمدة من أكثر من عقد من العقود المسماة، وذلك لأن مجموعة هذه العقود الداخلة في B.O.T مرتبطة بإنشاء المشروع وتنفيذه وصيانته ارتباطاً وثيقاً، ولا يمكن فصل أي عنصر منها، حتى لا ينتفي المقصود من عقد الامتياز B.O.T.

ويقولون: وليس كذلك عقد الفندقة مثلاً بما يشمله من إقامة، واستطعام، واستعمال الهاتف، وغسل الملابس، حيث يختلف عن عقدنا من حيث اشتماله على عدة عقود (إجارة، عمل، بيع) يمكن الفصل بينها دون أن يتأثر عقد الإقامة المبرم بين النزيل والفندق[٣].

ثامنا: عقد B.O.T والإقطاع والقَبَالة:

في جولة بحثية على الشبكة العنكبوتية استوقفتني خطة بحث لاستكمال متطلبات الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، تخصص الفقه وأصوله، مقدمة إلى كلية التربية بجامعة الملك سعود، تحت عنوان

---

(١) د. الشهاوي ص ٤٩.

(٢) د. الشهاوي ص ٤٩، وانظر في مشروعية وأحكام التأجير التمويلي في الفقه الإسلامي.

(٣) د. الشهاوي ص ٥٠.

(عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة في المرافق العامة B.O.T، دراسة فقهية مقارنة) من الطالب عبد العزيز منيف، وقد ظهر لي من خطته ـ ولا أدري علام انتهى رأيه ـ أنه يميل إلى تقريب عقد B.O.T إلى الإقطاع بشرط العوض وكما يقول: «فإنها مسألة اختلف فيها الفقهاء المتقدمون، ولما كانت عامة عقود امتياز البناء والتشغيل والإعادة يشترط فيها العوض كان من اللازم تحرير هذه المسألة». ثم يقول: «ومن المسائل المهمة في التخريج الفقهي للامتياز: مسألة القبالة، وهي أن يدفع السلطان، أو نائبه، صقعاً، أو بلدة، أو قرية، إلى رجل، مقاطعة بمال معلوم يؤديه إليه عن خراج أرضها، وجزية رؤوس أهلها إن كانوا أهل ذمة، ويكتب بذلك كتاباً»[١].

والإقطاع في اللغة والفقه يطلق على ما يقطعه الإمام، أي ما يعطيه من الأراضي، رقبة أو منفعة، لمن ينتفع به، والإقطاع جائز بشروطه، وهو نوعان: إقطاع إرفاق، وموضوعه تمليك المنفعة مؤقتاً، وأكثر ما يرد على المنافع العامة، وموارد الثروة، كالمعادن مثلاً، وإقطاع تمليك، ويرد على الرقبة[٢].

والأخير لا شأن لنا به، وعلى القول بجواز إقطاع العامر فإنه يجوز إقطاع الأرض إقطاع انتفاع في مقابل خدمة عامة يؤديها المقطع، وبشرط العوض، لبيت المال، على أن يكون له حق إجارتها وإعارتها، لأنه ملكها ملك منفعة[٣].

ويبدو لي، من الصور المذكورة، أن الإقطاع يستهدف أولاً مصلحة المُقطَع، بل إن من معاني الإقطاع العطية مع مراعاة المصلحة العامة، كأنها مكافأة، وليس كذلك العقد B.O.T فإن جوهره تمويل التنمية بغرض الارتقاء بالمشروعات والمرافق العامة.

---

(١) يشير الباحث عبد العزيز منيف هنا إلى الخراج لأبي يوسف، وشرحه الرتاج ٢/٣.

(٢) انظر: الموسوعة الكويتية. مادة إقطاع ٦/٨٠ ـ ٨٤.

(٣) السابق ص ٨٥ وما بعدها.

ومن جانب آخر فإن العوض في الإقطاع خراج أو إجارة، على الوجه المعتاد، بينما يقع على عاتق شركة المشروع في عقد B.O.T بناء، وتشغيل، وإعادة المشروع صالحاً للعمل، فضلاً عما يمكن أن يلزم به من دفع نسبة من عائد التشغيل.

ومن جانب ثالث فإن المدة في الإقطاع على ما يرى المقطِع، بينما هي في عقد B.O.T مقدرة بما يسمح باسترداد شركة المشروع النفقات وتحقيق هامش ربح معقول.

أما القبالة بالمعنى الذي قاله فممتنع شرعاً، قال ابن القيم في «أحكام أهل الذمة»... من القبالة الفاسدة: أن يستأجر الرجل الضيعة بكل ما فيها من زرع وشجر وعلوج، وما فيها من إجارة بيوت أو حوانيت، وغير ذلك، فيتقبل الجميع ويدفع إلى ربها مالاً معلوماً، فهذه إجارة فاسدة تتضمن أنواعاً من المحذور، كما يفعله كثير من الناس، ويسمونها الكراء، ولهذا قال ابن عمر رضي الله عنهما: ذلك الربا.

وهذا بَيِّن - أي: ظاهر - في حديث ابن عباس رضي الله عنهما، حيث قال له الرجل: أتقبل منك الأبلة، فلم يطلب منه إجارة الشجر بل يتقبل البلد كله بما فيه، ويدفع إليه مالاً معلوماً، فهذا لا يجيزه أحد، وقد صرح بهذا في حديث ابن عباس سعيد بن جبير فقال: «الرجل يأتي القرية فيتقبلها وفيها النخل والزرع والشجر والعلوج»، فهذه هي القبالات[١].

وعلى ذلك لا يستقيم في نظري اعتبار عقد B.O.T من قبيل الإقطاعات، ولا يستساغ تخريجه على القبالة، وهي مذمومة علماً وعملاً.

---

(١) أحكام أهل الذمة ٢٦٤/١ (نسخة المكتبة الإسلامية ضمن موقع الشبكة الإسلامية. إسلام ويب).

تاسعا: عقد B.O.T والحكر:

من بين الأوراق التي عثرت عليها أيضاً ورقة معنونة «ندوة حوار الأربعاء حول: هل نظام B.O.T نموذج معدل من صور الحكر» من ندوات مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي/كلية الاقتصاد والإدارة بالمملكة العربية السعودية، معقودة بتاريخ ١٤٢٢/٩/٦ الموافق ٢٠٠١/١١/٢١، ورد بالورقة أن المتحدث الأستاذ أحمد محمد خليل الإسلامبولي الباحث بالمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب لاحظ وجود تطور في صيغ استثمار الوقف بمرور الوقت، بما يناسب الحاجة وبما لا يخرج عن حدود الشرع.

ثم يقول: هذه الدول الغربية استخدمت نظاماً أطلقت عليه B.O.T، وهو يعني المؤسسات التي يقوم مؤسسها بإنشائها وتشغيلها ثم نقل ملكيتها. هذا النظام أو الأسلوب كما يرى الباحث هو تطوير للأدوات غير التقليدية التي استحدثها المسلمون في تمويل العمليات الوقفية، ومن الشواهد التي تدعم هذا الرأي:

- أن طبيعة نظام الـB.O.T تتفق مع صيغ الحكر، والإجارتين، والمرصد وخلافها، خصوصاً من ناحية:

(أ) الحاجة إلى مصدر تمويل خارجي.

(ب) الممول يقيم مشروعاً على أرض الجهة الطالبة للتمويل.

(ج) ناظر الوقف أو الدولة لا تتنازل عن الأرض.

(د) الممول يستفيد من المشروع (الأرض والبناء أو الغرس).

(هـ) ناظر الوقف ـ أو الدولة ـ يحقق الإعمار والنماء.

وخلاصة القول، أن الباحث يرى أن نظام الـB.O.T هو تطوير غربي لمنتج إسلامي.

وفي ضوء ما مر من أوجه تمييز بين صور التمويل والإدارة والتحويل فإننا نوافق الباحث الأستاذ الإسلامبولي على وجود أوجه شبه بين بعض الصور، وبعض صور الاستثمار الوقفي المعهودة، لا سيما

المرصد، والإجارتين، ناهيك عن الاستصناع، وقد نبهنا إلى شبه كل منها في محله الذي بدا لنا.

كما نوافقه على ما يقول: إن كان حديثنا محصوراً في نطاق استثمار الوقف بحفظ أصله، أو تغيير صورته، أو استبداله، بغرض تعظيم عائده المادي، عندئذ يستساغ أن يُخَرَّج نظام B.O.T على بعض صور التحكير، وعقدي: الإجارتين، والاستصناع.

ولكن إن كنا نفكر في التنمية على النحو الذي يحقق مثل أغراض المرفق العام (كنشاط) ويحفظ خصائصه من: دوام السير، والخضوع لإشراف الدولة ورقابتها وتوجيهها ـ ومعلوم أن أكثر الأوقاف تدار الآن من قبل الإدارات ـ ومساواة الجمهور في الارتفاق به دون تمييز، فالأمر عندئذ يختلف، ويصبح العقد B.O.T شيئاً مختلفاً، وإن كانت فكرته ترجع إلى الحكر أو الأمفيتيوز.

الرأي في ماهية عقد B.O.T:

على أساس ما قدمت من حرية التعاقد في الإسلام، وأن دائرة التعاقد مُفَتَّحة غير مغلقة، ولا تعرف في الأصل ضائقة ما يسمي العقد غير المسمى، وعلى أساس ما ظهر من أوجه افتراق، حتى فيما بين الصور المختلفة من نظم التمويل على أساس التشييد والاستغلال والإعادة فإنني أرى أن عقد B.O.T من العقود المستحدثة، ولا ضير أن يسمى (البوت) كأعجمي معرب، على نحو ما معهود في الاصطلاح.

* * *

المبحث السابع

تقييم عقود الـ B.O.T

قَلَّ أن تكون هناك مصلحة عرية عن مفسدة[1] وإذا كان أسلوب الـ B.O.T قد أسهم في حل كثير من مشكلات التنمية، وانتظام المرافق العامة، وإشباع الحاجات العامة، فإنه لم يخل من سلبيات، لا سيما إذا لم ينصح فريق المستشارين للإدارة، أو قصر فريق التفاوض في الاحتياط لها، في آلية أقل ما يقال عنها إنها: «معقدة ومتشعبة التفصيلات»[2] وعلى ذلك يوصم عقد B.O.T ببعض السلبيات على ما يحققه من إيجابيات، وهذه وتلك تتلخص فيما يلي:

أولاً: الإيجابيات:

١ ـ تخفيف العبء عن موارد الدولة وميزانيتها[3]: فالتمويل يتم بمعزل عن ميزانية الدولة، فلا ترهق في الموجود، ولا يضطرها العدم إلى الاستدانة[4]، وفي ذلك تَحاشٍ لفرض ضرائب جديدة، أو رفع معدلات الضرائب القائمة، ومن جانب آخر يتيح للإدارة صرف اهتمامها إلى العناية بالمرافق الأهم، كالأمن، والدفاع،

---

(١) انظر: الشاطبي. إبراهيم بن موسى اللخمي. الموافقات في أصول الأحكام. ط دار إحياء الكتب العربية ٢/٢٧، السلمي: عز الدين بن عبد السلام. قواعد الأحكام في مصالح الأنام. ط دار الجيل. الثانية ١٤٠٠ هـ ١٩٨٠ ١/١٠، ٥٩، ١٢١، ٧٤، ١٢٧.

(٢) د. الشهاوي ص ٤٧.

(٣) السابق ص ٤٨، د. أحمد سلامة بدر ص ٣٩٥.

(٤) راجع في هذا المعنى. الأحكام السلطانية للماوردي ـ ط دار الفكر. الأولى ـ ص ١٨٤. وفي قوله أن مشروعات البنية التحتية كتعبيد الطرق، وكري الأنهار، ونحو ذلك يجب في بيت المال على سبيل الإرفاق دون البدل، وما كان كذلك فاستحقاقه في بيت المال معتبر بالوجود دون العدم.

والعدالة، والتعليم، وغير ذلك من قطاعات ليس لها مردود اقتصادي مباشر.

٢ ـ سرعة تنفيذ المشروعات، مع الاقتصاد في النفقات، على ما هو معهود من إلف القطاع الخاص في تنفيذ المشروعات(١).

٣ ـ تحديث منظومة الإنشاء والتشغيل بالحصول على وسائل التقنيات الحديثة التي تمتلكها الشركات الكبرى، وتعجز كثير من دولنا عن تدبيرها، لأسباب مالية أو فنية(٢).

٤ ـ إيجاد نهضة عمرانية بتوسيع الرقعة السكنية، وتكوين قواعد صناعية، وإحياء الموات، والارتقاء بقطاعات أخرى كالسياحة ونحوها(٣) وفي كل ذلك عمار المجتمعات، وتيسير فرص العمل ووجوه الكسب للناس(٤).

٥ ـ نقل أخطار التمويل، والتنفيذ، من على عاتق الدولة ليكون على شركة المشروع، وهي مزية تحتمل عدم المشروعية، إذا اعتبرنا الاستثمار بـ B.O.T من قبيل المشاركات، فمن أسس المشاركة الإسلامية اعتماد مبدأ «الغنم بالغرم والغرم بالغنم»(٥): ولكن إن اعتمدناه معاملة لا شركة فيها فالأمر يختلف.

---

(١) د. أحمد سلامة بدر ص ٣٩٦.

(٢) السابق، أستاذنا الدكتور أنس جعفر ص ٩١.

(٣) د. أحمد بدر سلامة ص ٣٩٦.

(٤) وفي مثل ذلك كتب الإمام علي، كرم الله وجهه، إلى مالك الأشتر يقول: «وليكن نظرك في عمارة الأرض أبلغ من نظرك في استجلاب الخراج، لأن ذلك لا يدرك إلا بالعمارة، ومن طلب الخراج بغير عمارة أخرب البلاد، وأهلك العباد، ولم يستقم أمره إلا قليلاً» نهج البلاغة للشريف الرضي بشرح الشيخ محمد عبده. ط دار الحديث ص ٣٨٠، وفي خراج أبي يوسف القاضي، بتحقيق الشيخ أحمد شاكر. ص ٨٦ عن أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز»... وانظر إلى الخراب وأصلحه حتى يعمر » وفي ص ٢٠٨ وأن يعمروا ـ العامة ـ خير من أن يخربوا، وأن يفروا ـ من الوفرة ـ خير من أن يذهب مالهم ويعجزوا».

(٥) انظر: الزميل الدكتور عبد الستار الهيتي. المبادئ الأساسية للاقتصاد الإسلامي. سابق ص ٣٦٥ وما بعدها، د. شبير. محمد عثمان. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي. ط رابعة. نشر دار النفائس. الأردن ١٤٢٢/٢٠٠١ ص ٣٤٢.

٦ ـ يؤدي التمويل بهذا الأسلوب إلى جلب العملات الأجنبية إلى البلاد، وتوفير الميسور منها في ميزانية الدولة ومصارفها[١].

٧ ـ توفير الفوائد التي كانت ستدفع كفوائد ديون، إن تم تمويل المشروعات بالاقتراض المباشر[٢].

وعلى أساس القول بحرمة الفائدة[٣] فإن التمويل بأسلوب B.O.T يوفر ما يدفع كنفقات إدارية للجهة المقرضة، وما قد تغرمه الإدارة من غرامات تأخير إن حدث.

٨ ـ «غرس مفاهيم جديدة مفادها أن القطاع الخاص أصبح قادراً على المشاركة الإيجابية في عمليات التنمية»[٤].

ولعل الأصوب أن يقال: تصحيح المفاهيم، وإشعار الناس أن لهم دورا في النماء الاجتماعي والاقتصادي، وأن فروض الكفاية كفروض الأعيان في الأهمية والتطبيق، فما صرف الناس عن التعمير إلا تغول الدولة الحديثة، وسيطرتها، في ظل هيمنة الفكر الاشتراكي[٥].

---

(١) د. الشهاوي ص ٤٨، د. أحمد سلامة بدر ص ٣٩٧.

(٢) السابقان، د. أنس جعفر ص ٩١.

(٣) وهو ما ندين به.

(٤) د. الشهاوي ص ٤٨.

(٥) في بحثه المعنون (الوقف في ظل التشريع الوضعي) المقدم إلى المؤتمر الثالث بين الشريعة والقانون تحت عنوان: الأوقاف الإسلامية في لبنان بين الواقع والمرتجى. بجامعة طرابلس. لبنان ١٤٢٣/٢٠٠٢ ذكر الأستاذ عمر مسقاوي وزير الأشغال اللبناني السابق عن المستشار طارق البشري في مقدمته لرسالة الدكتور إبراهيم البيومي غانم والمعنونة «الأوقاف السياسية في مصر» قوله: «إن ما اصطلحنا على تسميته بالدولة الحديثة في التاريخ المعاصر لبلادنا هو ما يمكن وصفه بأنها الدولة الشمولية والمركزية، وهي بمركزيتها الشديدة لم تسمح بوجود كيان تنظيمي، اجتماعي أو سياسي، مستقل عنها، في اتخاذ قراراته وإدارة شؤونه، وهي بشموليتها الطاغية لم تسمح بأن يزاحمها أي تكوين آخر، في أي مجالات النشاط الاجتماعي أو السياسي أو الشعبي، لذا عملت على تصفية المؤسسات التقليدية، ليس لإحلال المؤسسات الأهلية الشعبية الجديدة محلها، ولكن لإحلال السيطرة المركزية للدولة الحديثة». انظر أعمال المؤتمر ص ٦٥.

وعلى أساس من الوصايا الشرعية بأن يكون المسلم إيجابياً فاعلاً، وفي ضوء ما هو ثابت في فقهنا الحنيف في القيام بالمصالح العامة التي يعجز بيت مال المسلمين عن القيام بها، فإننا لا نتردد في التأكيد على هذه الميزة باعتبارها مقصداً من مقاصد التشريع.

ثانياً: السلبيات:

١ ـ التأثير السلبي على مصادر التمويل المحلي. فالواقع أن «المستثمر» لا يقدم كل المبالغ المطلوبة لتمويل المشروع من حسابه الخاص، وإنما يمول بنسبة ٣٠٪ أو ما دونها، من إجمالي التكلفة، ويقترض من المصارف المحلية عامتها، ويضرب الدكتور جابر جاد نصار المثال على ذلك بالشركة الأجنبية التي أوكل إليها إقامة محطتي كهرباء سيدي كرير في مصر، فقد اقترضت من المصارف المصرية مبلغ ٤٠٠ أربعمائة مليون دولار أمريكي[(١)].

وليس في نظام B.O.T ما يحول دون أن تقوم شركة المشروع بتحويل ما تجنيه من أرباح إلى خارج البلاد، ونتيجة ذلك أن جزءاً من حصة المجتمع من النقد المحلي أو الأجنبي قد حول إلى الخارج، فتعز الأثمان، ولا يتحقق الرواج المنشود[(٢)].

وهذه السلبية يمكن ـ في رأينا ـ التغلب عليها بتحفيز القطاع الخاص المحلي على الاضطلاع بعبء التمويل، ولا شك أن حرص المصارف الإسلامية على الاستثمار وفق بعض الأساليب والأدوات الشرعية، كالاستصناع، والمرصد، والمشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك، فضلاً عن نظام (البوت) إن استقر الرأي على مشروعيته، يسد

---

(١) د. نصار. جابر جاد.عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام. نشر دار النهضة العربية ٢٠٠٢ ص ٥٧ وما بعدها.

(٢) لتفصيلات أكثر انظر محمد الروبي ص ٣١٩ ـ ٣٢١.

هذه الثغرة[١].

٢ ـ ترتيب أوضاع سياسية واقتصادية قد يشق التعامل معها مستقبلاً: وذلك لأن عقود الـ B.O.T تعقد لمدد قد تطول حتى تبلغ تسعاً وتسعين سنة، ومع اطراد العمل بشرط الثبات التشريعي[٢] أي: تنفيذ الالتزامات وفق النصوص القائمة حال إبرام العقد، وإن تغيرت، فإن احتمال اعتبار المصالح الساقطة أو الباهتة، وإغفال المصالح الواجب اعتبارها يبدو قدراً لا فكاك منه، ويقيد ـ كما يقول بعض الشراح ـ «أجيالاً من بعدها أجيال»[٣].

ومثل هذا الانتقاد ملحوظ بوضوح في فقه استثمار الوقف بالإجارة المديدة، ففي قول الأحناف وأكثر المالكية يطالب المستأجر بإكمال أجر المثل وإن لم يكن غبن أو محاباة، عملاً بما فيه مصلحة الوقف[٤] وقال الشيخ السلامي: لا يكرى المدة الطويلة إلا للحاجة، ويعرض الأمر على القاضي للإذن والاحتياط في الصلاح[٥].

ومشكلة الثبات التشريعي لا تزعجنا إن روعيت عند العقد الأحكام الفقهية الإسلامية، لأن بناءها على نصوص الشرع ومقاصده يكسبها ثباتاً تفتقده في العادة القوانين الوضعية، ومع هذا فإننا نوافق القول بأن في الطول الفائق لمدة العقد احتمال المفسدة، والإضرار بالعين المستثمرة، فلا يصار إليه إلا لحاجة شديدة.

---

(١) خلص الأستاذ الدكتور أحمد بن حسن بن أحمد الحسني. الأستاذ بقسم الاقتصاد الإسلامي. بكلية الشريعة/جامعة أم القرى من بحثه المعنون (دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة B.O.T طبعة تمهيدية. مقدم إلى المؤتمر الثالث للاقتصاد الإسلامي بجامعة أم القرى. خلص إلى نحو ما نقترحه في المتن. انظر ص ٢٤ ـ ٢٧.

(٢) أستاذنا الدكتور أنس جعفر ص ٩١ وما بعدها.

(٣) د. أحمد سلامة بدر ص ٣٩٨.

(٤) حاشية ابن عابدين ٤٠٠/٣ وما بعدها، حاشية العدوي على شرح الخرشي ٩٩/٧ (نفلاً عن الشيخ السلامي الآتي)

(٥) السلامي... استثمار الوقف. سابق. ص ١٣٨ وما بعدها.

٣ ـ احتمال الإضرار بالاستقلال الوطني والسيادة، متى كان الممول أجنبياً، وهذا حق، وينبغي العمل على تحاشيه بكل السبل الممكنة، دون أن يصل الأمر إلى حد التقوقع والانطواء على الذات.

فمنذ القدم والسلف يسوغون الأمان ـ وهو تأمين حربي ينزل لأمر ينصرف بانقضائه[١] ـ بالحاجة تستدعي ذلك، ويقولون: إن كان المستأمن تاجراً فإن في عدم تأمينه قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة[٢]، ومثل ذلك يقال هنا، فلا سبيل للقول برفض الاستثمار الأجنبي بالكلية، فالأجنبي « يمتلك المعلومة، ويمتلك التقنية المتقدمة، ويمتلك وسائل الإعلام والاتصال، التي أصبحت أشبه بالحواس التي لا يمكن الاستغناء عنها»[٣] و«الانكفاء والرفض وتجنب التعاطي مع المشكلات بات لا يعني النجاة بحال من الأحوال، كما لا يعني تحقيق الحماية والمناعة الحضارية، وإنما يعني العجز والتمهيد للاستسلام الحضاري»[٤].

ولهذا اطرد قول الفقهاء بأن «إسلام العاقد ليس بشرط»[٥] وأن المضاربة بين المسلم والذمي والمستأمن جائزة[٦] وقد عامل النبي ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج من تمر أو زرع[٧] غاية ما هنالك أنه يجب أن

---

(١) ذكره الخرشي في حاشيته على مختصر خليل ط دار صادر. بيروت ١٢٥/٣. منسوباً إلى ابن عرفة رحمه الله.

(٢) انظر شرح السير الكبير للسرخسي ٥١٥/٢، الهداية بشرح فتح القدير ٢٢/٦.

(٣) الأستاذ عمر عبيد حسنة. تقدمة لكتاب ظاهرة العولمة رؤية نقدية للدكتور بركات محمد مراد. كتاب الأمة ع ٨٦ ص ٤١. وانظر شرحاً لهذا المعنى المجمل في عبارة الدكتور مراد يعزوها إلى الدكتور عز الدين إسماعيل ص ٧٣.

(٤) التقدمة لظاهرة العولمة ص ٤٩.

(٥) البدائع للكاسني ١٣٥/٥، الفواكه الدواني ١١٠/٢، الأم للشافعي ٢٠٥/٥، شرح منتهى الإرادات للقنوجي ٥/٢، المحلى لابن حزم ٤٧/٩,، ٤٥

(٦) المبسوط للسرخسي ١٢/٢٣.

(٧) أخرجه الجماعة إلا النسائي عن عبد الله بن عمر، فأخرجه البخاري في الإجارات، وفي المزارعة باب المزارعة بالشطر، وباب المزارعة مع اليهود، =

تقيد تصرفات الشريك الأجنبي بالأطر الشرعية[1].

وبهذا تُرَدُّ هذه السلبية إلى سلبية غياب التشريعات المنظمة للاستثمار بأسلوب B.O.T، وقدرة فريق التفاوض على تضمين العقد ما يلزم من شروط ترعى السيادة، وقيم التشريع.

٤ ـ ويرتبط بهذه السلبية احتمال استغناء المستثمر بالعمالة الأجنبية عن العمالة الوطنية[2]. وهذه إن كانت لعدم وجود البديل الكفء من العمالة المحلية فلا تثريب على المستثمر إن استعمل الأجانب، فإن وجدت العمالة المحلية المؤهلة فمسؤولية تشغيلها تقع على عاتق فريق التفاوض، الذي يجب أن يضمن العقد شروطاً تلزم المستثمر بذلك، وقد درجت عادة الدول الجاذبة للاستثمار على النص قانوناً بتشغيل العمالة الوطنية بكثافة[3] وأن تثبت في قسيمة المشاركة الالتزام بالقوانين ذات الصلة في شأن دعم العمالة الوطنية وتشجيعها على أن تقدم شركة المشروع الشهادات المثبتة لوفائها بهذا الالتزام[4].

٥ ـ تتضمن أغلب ـ إن لم يكن كل ـ عقود B.O.T نصاً يستبعد الاختصاص القضائي ـ لدولة المقر ـ ويحتم الالتجاء إلى التحكيم، وعادة ما تحدد لذلك جهات تحكيم أجنبية، بما قد يؤدي إلى العديد من المشكلات، والمساس بالسيادة الوطنية[5].

= وأخرجه في مواضع أخرى، وأخرجه مسلم في البيوع (في المساقاة والمزارعة)، وأبو داود في البيوع والترمذي وابن ماجة في الأحكام.

(١) راجع في التفصيلات بحثنا للماجستير بعنوان (مدى خضوع الأجنبي لقانون القاضي الوطني. في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، مقدم إلى كلية الشريعة والقانون ١٩٩١ ـ على الآلة الناسخة ـ ص٤٤٧ وما بعدها.

(٢) أستاذنا الدكتور أنس جعفر ص ٩٢.

(٣) ومن الأمثلة على ذلك المادتان ١٧٤، ١٧٥ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١، الخاص بالشركات التجارية في مصر.

(٤) انظر الالتزامات ٢٣، ١٠٢ من التزامات شركة المشروع في عقود B.O.T بدولة الكويت. لدى أبو هلبية. خوصصة المرافق العمومية. ص ١٥٧، ١٦٨ وما بعدها.

(٥) د. أنس جعفر ص ٩٣.

وهذه السلبية تبدو من المنظور الفقهي الإسلامي أشنع مما هي عليه في تقدير الشراح، لأن الترافع إلى القاضي غير المسلم لا يجوز[(١)] كما لا يجوز التحاكم إلى محكم غير مسلم، في قول جمهور أهل العلم، وقال بعض الحنابلة: إن التحكيم من باب الوكالة، فلا يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي المولى[(٢)].

على أن في ذلك آفة أخرى، هي الاحتكام إلى غير شرع الله في دار الإسلام[(٣)] وهو غير جائز اتفاقاً، لاسيما إن كان في العدول عنه فسحة.

وفي رأيي أن هذه السلبية هي أخطر ما يعتري جذب الاستثمارات الأجنبية بوجه عام، ويصح أن يقال عنها: إنها غدت من قبيل ما تعم به البلوى، لا سيما مع بطء القضاء الوطني في الفصل في المنازعات،

---

(١) انظر في هذا: بدائع الصنائع ٢٣/٧، الخراج لأبي يوسف. ضمن موسوعة الخراج. نشر دار المعرفة.بيروت ١٩٧٩ ص ٢٠٣، ابن فرحون. إبراهيم بن علي. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام. ط الحلبي ١٧/١، الشربيني. محمد مغني المحتاج إلى ألفاظ المنهاج ط. عيسى الحلبي. ٣٧٥/٤، ابن قدامة (شمس الدين) الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف بتحقيق د. عبد الله التركي. ط أولى. هجر. مصر ١٩٩٦ ـ ٢٩٨/٢٨، د.الزحيلي. محمد. التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي. ط ثانية ٢٠٠٢/١٤٢٣ ص ٨٨.

(٢) انظر في التفصيلات: الراجحي. ناصر بن حمد. التحكيم في المنازعات المالية في الفقه والنظام السعودي. رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على الماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة نايف للعلوم الأمنية، متاحة من خلال موقع الجامعة على الإنترنت ص٥٨ وما بعدها.

(٣) انظر: د. المنيسي وليد بن إدريس. العمل القضائي خارج ديار الإسلام. ما يحل منه وما يحرم. ضمن البحوث المقدمة إلى المؤتمر السنوي الخامس لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا. البحرين ٢٠٠٧. التمهيد ويقع في الصفحات ٤ ـ ١٢. وكذلك المحور الرابع ص ٣١ ـ ٣٣ 'وهل يجوز الاحتكام إلى غير المسلم خارج ديار الإسلام؟ الأشبه الجواز للحاجة، وقد قرر المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في شأن الرواية التي كتبها المدعو سلمان رشدي. القرار الثالث: يعلن المجلس أنه يجب ملاحقة هذا الشخص بدعوى قضائية جزائية تقدم عليه، وعلى دار النشر التي نشرت له هذه الرواية، في المحاكم المختصة في بريطانيا، وأن تتولى رفع هذه القضية عليه منظمة المؤتمر الإسلامي. نقلاً عن المنيسي ص ٣٧.

وطول الإجراءات، مع غياب القضاء المتخصص القادر على الفصل في تلك المشكلات المعقدة التي أفرزتها العلاقات الاقتصادية المعاصرة، في حين نجحت مراكز التحكيم في الاستعانة بخبراء على مستوى فائق، مع سرعة الفصل، ويسر الإجراءات، ناهيك عن حماية أسرار الخصوم، وهي مسألة ذات قيمة خاصة بالنظر إلى السمعة التجارية.

ويبدو في الأفق أن القائمين على المرافق القضائية العربية ينزعون إلى إنشاء محاكم مالية تختص بنظر المنازعات الناشئة عن العلاقات الاستثمارية، وهو جهد مشكور لولا أن هذه المحاكم ستقضي - كأكثر هيئات القضاء في بلادنا - بقوانين تداخلها الأهواء والآراء الباطلة، لا يبالي واضعها أوافقت شرعة الإسلام أم خالفته[١] خصوصاً في مسائل الربا والفوائد، وفي مثل ذلك كان قول أهل العلم في (الياسق) الذي وضعه جنكيز خان، وسار عليه أتباعه، بل حكى ابن كثير الإجماع على كفر من تحاكم إلى (الياسا) وقدمه على شرع الله[٢].

وقد يعين على الخروج من هذه الأزمة العناية بتأهيل كوادر اقتصادية متفقهة[٣] وضمها إلى مراكز تحكيم تحظى بالدعاية والانتشار الواسع، والسمعة الجيدة، ويسعى فريق التعاقد النائب عن الإدارة أو الهيئة المسلمة إلى أن يتراضى مع شركة المشروع على أن يكون التحاكم إلى بعض هؤلاء الفقهاء المقتصدين للفصل فيما قد يقع مستقبلاً من نزاع، وعلى فريق التعاقد أن يتحوط للأحكام الشرعية منذ المبتدأ.

---

(١) من كلام العلامة أحمد محمد شاكر في عمدة التفسير ٢١٤/٣، نقلاً عن المنيسي ص ٧.

(٢) البداية والنهاية ١١٩/١٣، نقلاً عن المنيسي ص ٩.

(٣) خلاصة قول شيخنا القرضاوي في بحثه بيع المرابحة للآمر بالشراء أنه لا يستقيم أمر المصارف الإسلامية كما نحب إلا إذا اقتصد الفقهاء، وتفقه الاقتصاديون، وهو ما نشد عليه هنا، فغياب المعرفة الاقتصادية عن القاضي المولى للنظر في هذه العلاقات المالية المعقدة يجعله لا يدرك الحق إلا مصادفة.

تعقيب وخلاصة:

هذه هي أبرز الإيجابيات، وأهم السلبيات التي ترد على نظام B.O.T، وكما ظهر من عرض السلبيات ومناقشتها فإنها مما يحتمل التلافي، بأكثر من وسيلة، فإن سلم ما عقبنا به فإن هذا الأسلوب في المعاملة يبدو أقرب إلى المصلحة، ومفسدته هينة، يمكن التغلب عليها، بأكثر من حل وأسلوب، وما كان هذا شأنه فلا شك في مشروعيته، إن لم يداخله الحظر لسبب آخر.

- كدعوى أنه يتضمن صفقتين في صفقة، وأحسبها مردودة لعدم التناقض بين الالتزامات في عقد (البوت)[1].

---

(١) في بحثه الممتع حكم الصفتين في صفقة، ضمن قضايا فقهية معاصرة ص ٢٤٩ ـ ٢٦٩ استلخص الأستاذ الدكتور نزيه حماد ثلاثة ضوابط هي مرد الحظر في اجتماع أكثر من عقد في صفقة واحدة:

أولها:

أن يكون الجمع بينهما محل نهي في نص شرعي، وأبرز صوره ـ وإن شئت فقل صورته ـ بيع العينة.

والثاني: أن يترتب على الجمع بينهما توسل بما هو مشروع إلى ما هو محظور، ومثاله الجمع بين بيع وقرض.

الثالث: أن يكون العقدان متضادين وضعاً، ومتناقضين حكماً.

وبعد أن استعرض فضيلته أقوال أهل العلم في تفسير هذه الضوابط أطال الوقفة مع الضابط الأخير، واستحسن نظر المالكية فيه، وانتهى إلى القول: «إذا تقرر هذا فالمحظور إذا إنما هو الجمع بين عقدين مختلفين شروطاً وحكماً، إذا ترتب على ذلك تناقض وتضاد وتنافر في الموجبات، وهذا إنما يكون في حالة توارد العقدين على محل واحد، كما في الجمع بين هبة عين وبيعها، أو هبتها وإجارتها، أو هبتها والسلم فيها، أو شراء أمة ونكاحها، أو صرف دراهم بدنانير، وقرض الدنانير لبائعها، أو الجمع بين المضاربة وإقراض المضارب لرأس المال، ونحو ذلك، أما إذا تعدد المحل، وانتفى التنافر والتضاد في الأحكام، فلا حرج شرعاً في الجمع بينهما، ولو كان هناك ثمة تباين في الشروط والأحكام، أو اختلاف في الموجبات والآثار، إذ لا دليل على الحظر، والأصل في العقود والمعاملات في الدنيا الإباحة ما لم يقم دليل شرعي مانع، والله أعلم» وهو معنى نشرف أن نقول به مع قائله.

- دعوى أن فيه بيعاً وشرطاً، وهي مردودة أيضاً بجواز الاشتراط، ما لم يكن المشروط يحل حراماً أو يحرم حلالاً.
- أو بدعوى الجهالة في الثمن والمثمن، وهي عندي ضعيفة أيضاً في ظل تقدم علم دراسات الجدوى، وخطط الإنتاج، واتجاهات الأسواق، ومع إحكام مشارطات الاتفاق يهن أم لم يسد احتمال النزاع.
- وقد أمسكنا عن مناقشة هذه الدعاوى لضيق الوقت، وإن كان تفضل جمهرة من أهل العلم بتحقيق القول فيها، وقد أصبح شائعاً متداولاً، قد أغرانا بالإمساك.

والله أعلم.

❋ ❋ ❋

مشروع قرار

تطبيق عقد الإقامة والاستغلال والإعادة B.O.T

في تعمير الأوقاف والمرافق العامة

قرار رقم:

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته التاسعة عشرة بإمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من: ١٤٣٠هـ الموافق ٢٠٠٩م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص تطبيق عقد التشييد والاستغلال والإعادة B.O.T في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لأدلة الشرع وقواعده ومقاصده، ورعايةً للمصالح العامة في العقود والتصرفات، ونظراً لما لعقد التشييد والاستغلال والإعادة B.O.T من أهمية في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، فضلاً عن دوره في التمويل بوجه عام، قرر مجلس المجمع ما يلي:

١ ـ يقصد بعقد البوت اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول، على أن يقوم الأول بتمكين الثاني من إقامة منشأة بتمويل منه على ملك للأول، على أن يكون للثاني الحق في إدارة هذه المنشأة، وقبض العائد منها ـ كاملاً أو حسب الاتفاق ـ خلال فترة من الزمن متفق عليها، يتصور أن يسترد خلالها رأس ماله المستثمر، مع تحقيق عائد معقول، على أن يكون للمالك على المنشأة صالحة للأداء المرجو منها كافة حقوق الملك، متى انتهت هذه المدة.

٢ ـ أن عقد البوت وإن شابَهَ في بعض صوره بعضَ صور التعاقدات وأدوات استثمار الوقف المعهودة فإنه لا يتطابق مع أي منها تطابقاً تاماً، ومن ثم فإنه يعد معاملة محدثة تستقل بنفسها.

٣ - يمتاز عقد البوت بعدد من الميزات النافعة اقتصادياً واجتماعياً، وسلبيات الأخذ به في تعمير الأوقاف والمرافق العامة هينة يسهل التغلب عليها.

٤ - يوصي المجلس الباحثين بتكثيف البحث الفقهي حول عقود التشييد والاستغلال والإعادة بغرض ضبط أحكامها المختلفة، وصياغتها في نصوص يسهل على فرق التفاوض ووكلاء الخصومة الرجوع إليها والبناء عليها. والله أعلم.

❊ ❊ ❊

مراجع البحث
مرتبة حسب أبجدية المؤلفين

١ - أبو زهرة. محمد. الملكية ونظرية العقد. ط دار الفكر.

٢ - أبو زيد. محمد عبد الحميد. دوام سير المرفق العام. دراسة مقارنة ط ١٩٧٥.

٣ - أحمد. فؤاد عبد المنعم. السياسة الشرعية وعلاقتها بالتنمية الاقتصادية وتطبيقاتها المعاصرة. من منشورات البنك الإسلامي للتنمية. مجموعة محاضرات العلماء البارزين. رقم ٢٤.

٤ - البجيرمي. سليمان. حاشية البجيرمي على الإقناع للخطيب الشربيني ط الحلبي ١٩٥١.

٥ - بخيت. أحمد محمد (الباحث) أحكام التركات والأوقاف في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي. دار النهضة العربية ٢٠٠٨/١٤٢٩، دروس في أصول الفقه للمبتدئين. ط ثانية. دار النهضة العربية ٢٠٠٨/١٤٢٩. ضمان عثرات الطريق في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية. نشر مكتبة النهضة المصرية ٢٠٠٢/١٤٢٢ مقدمة الشريعة الإسلامية. دراسة في الفقه الإسلامي وأبرز قواعده ونظرياته الكبرى. نشر دار النهضة العربية. القاهرة ٢٠٠٧ مدى خضوع الأجنبي لقانون القاضي الوطني. في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، بحث للماجستير مقدم إلى كلية الشريعة والقانون ١٩٩١ ـ على الآلة الناسخة.

٦ - بدر. أحمد سلامة. العقود الإدارية وعقد B.O.T. مكتبة دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٣.

٧ - البدران. كاسب. عقد الاستصناع، أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي. الطبعة الثانية، وهي دراسة أعدت للحصول على الماجستير من معهد القضاء العالي بجامعة الإمام محمد بن سعود.

٨ - بدران. محمد محمد. النظام القانوني لمشروعات B.O.T. بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات B.O.T برعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي. القاهرة في ٧ ـ ٩ أكتوبر ١٩٩٧.

٩ - ابن تيمية (تقي الدين) أحمد بن عبد الحليم. الفتاوى. طبعات.

١٠ ـ جعفر. محمد أنس. العقود الإدارية . . . مع دراسة لعقود الـ B.O.T ط ثانية. دار النهضة العربية ٢٠٠٣.
١١ ـ جمعة. حازم. المشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي. رسالة للدكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس ١٩٨٠.
١٢ ـ حامد. ماهر محمد. النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T. رسالة للدكتوراه. نشر دار النهضة العربية. مصر ٢٠٠٥،.
١٣ ـ ابن حزم. علي بن سعيد المحلى بالآثار. بتصحيح حسن زيدان طلبة. نشر مكتبة الجمهورية العربية ١٩٦٩.
١٤ ـ حسان. أحمد، فتحي عبد الهادي. موسوعة الأوقاف. نشر منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٢.
١٥ ـ حسب الله. علي. خلاصة أحكام الوقف للشيخ علي حسب الله ط ١٩٥٦.
١٦ ـ حسبو. عمرو. التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T. دراسة مقارنة.
١٧ ـ حسنة. عمر عبيد. تقدمة لكتاب ظاهرة العولمة رؤية نقدية للدكتور بركات محمد مراد. كتاب الأمة ع ٨٦.
١٨ ـ الحسني. أحمد بن حسن بن أحمد. دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة» B.O.T « طبعة تمهيدية. بحث مقدم إلى المؤتمر الثالث للاقتصاد الإسلامي بجامعة أم القرى.
١٩ ـ حماد. نزيه. قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد. نشر دار القلم بدمشق والدار الشامية ببيروت. ط أولى ١٤٢١/٢٠٠١.
٢٠ ـ الحويس. صالح بن سليمان. أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي مقارناً بما عليه العمل في المملكة العربية السعودية، رسالة مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى ١٤٢٧ ـ ١٤٢٨.
٢١ ـ الخضيري. محسن أحمد. التمويل بدون نقود. نشر مجموعة النيل العربية، بدون تاريخ.
٢٢ ـ الخفيف. علي. أحكام المعاملات الشرعية ط خاصة على نفقة بنك البركة الإسلامي للاستثمار. البحرين.
٢٣ ـ الدارمي. عبد الله بن عبد الرحمٰن. سنن الدارمي وتخريج الأستاذين فؤاد زمزلي، وخالد العلي لأحاديثه. دار الريان للتراث ١٩٨٧.
٢٤ ـ الدسوقي. محمد عرفة. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير. ط الحلبي ـ.

٢٥ ـ الدهلوي. شاه أحمد عبد الرحيم. حجة الله البالغة. بتحقيق الشيخ سيد سابق. ط دار الجيل ١٤٢٦/٢٠٠٥.
٢٦ ـ الراجحي. ناصر بن حمد. التحكيم في المنازعات المالية في الفقه والنظام السعودي. رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على الماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا بجامعة نايف للعلوم الأمنية، متاحة من خلال موقع الجامعة على الإنترنت.
٢٧ ـ الروبي. محمد. عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. دار النهضة العربية ٢٠٠٤.
٢٨ ـ الريسوني. أحمد. الوقف الإسلامي. مجالاته وأبعاده. من إصدارات المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة. نسخة متاحة بنظام الوورد ـ غير موافقة للمطبوع ـ على موقع المنظمة على الشبكة الإلكترونية.
٢٩ ـ الزحيلي. محمد. التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي. ط ثانية ١٤٢٣/٢٠٠٢.
٣٠ ـ الزرقا. مصطفى أحمد. المدخل الفقهي العام. ط تاسعة دار الفكر.
٣١ ـ السرخسي. محمد بن أحمد بن سهل. المبسوط. ط السعادة.، وط المعرفة.
٣٢ ـ سري الدين. هاني صلاح. الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام التملك والتشغيل والتحويل في مصر بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، إصدار كلية الحقوق/جامعة القاهرة ع ٦٩.
٣٣ ـ السلامي. محمد مختار. استثمار الوقف. ضمن بحوث ندوة الوقف الأولى. الكويت.
٣٤ ـ السلمي: عزالدين بن عبد السلام. قواعد الأحكام في مصالح الأنام. ط دار الجيل. الثانية ١٤٠٠هـ ١٩٨٠.
٣٥ ـ السيوطي. عبد الرحمٰن بن أبي بكر. الأشباه والنظائر. ط دار الفكر.
٣٦ ـ الشاطبي. إبراهيم بن موسى اللخمي. الموافقات في أصول الأحكام. ط دار إحياء الكتب العربية ٢/٢٧.
٣٧ ـ الشافعي. محمد بن إدريس. الأم للشافعي ط دار الشعب.
٣٨ ـ شبير. محمد عثمان. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي. نشر دار النفائس، الرابعة ١٤٢١/٢٠٠١.
٣٩ ـ الشربيني. محمد. مغني المحتاج في شرح المنهاج .ط مصطفى الحلبي ١٩٥٨.
٤٠ ـ الشريف الرضي. نهج البلاغة للشريف بشرح الشيخ محمد عبده. ط دار الحديث.
٤١ ـ شلبي. محمد مصطفى. المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ط دار النهضة العربية.

٤٢ - الشهاوي. إبراهيم. عقد امتياز المرفق العام B.O.T بدون جهة نشر.
٤٣ - الشوكاني. محمد بن علي. فتح القدير للشوكاني. نسخة المكتبة الإسلامية ضمن الموقع إسلام ويب، السيل الجرار طبعة المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بمصر. . . .
٤٤ - الطماوي. سلمان. الأسس العامة في العقود الإدارية. ط خامسة. نشر دار الفكر العربي ١٩٩١.
٤٥ - ابن عابدين. محمد أمين. رد المحتار على الدر المختار والمشهور بحاشية ابن عابدين. ط مصطفى الحلبي الثانية ١٩٥٨، طبعة الأميرية.
٤٦ - عبد العظيم.حمدي. عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق. ط ٢٠٠١.
٤٧ - عبد اللطيف. محمد محمد. التطورات المعاصرة للمرافق العامة الاقتصادية. نشر لجنة التأليف والتعريب والنشر بجامعة الكويت ١٩٩٩.
٤٨ - عزوز. عبد القادر. فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام. دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري. رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله مقدمة إلى قسم الشريعة بكلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر ١٤٢٤/٢٠٠٤.
٤٩ - عطية. عبد القادر محمد عبد القادر. دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية مع مشروعات الـ B.O.T نشر الدار الجامعية. الأسكندرية ٢٠٠١/٢٠٠٢.
٥٠ - العمار. عبد الله بن موسى. استثمار أموال الوقف ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول. الكويت ١٤٢٤/٢٠٠٣ الجزء الأول.
٥١ - ابن فرحون. إبراهيم بن علي. تبصرة الحكام لابن فرحون ط الحلبي.
٥٢ - فهمي.محمود. بحث في عقود ال B.O.T وتكييفها القانوني. مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات الـ B.O.T إعداد مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي. القاهرة في ٢٨ - ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠.
٥٣ - الفيومي. أحمد بن علي المصباح المنير. ط المكتبة العلمية.
٥٤ - قايد. محمد بهجت. إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، نظام الـ B.O.T دار النهضة العربية ٢٠٠٠.
٥٥ - قباني. مروان عبد الرءوف. تجربة الأوقاف الإسلامية في الجمهورية اللبنانية. ورقة مقدمة إلى ندوة التطبيقات الاقتصادية الإسلامية المعاصرة، التي نظمها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، الدار البيضاء في ٩ - ١٢محرم ١٤١٩، الموافق ٥ - ٨ مايو ١٩٩٨. ضمن: نظام الوقف في التطبيق المعاصر. نماذج مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية، إصدار البنك الإسلامي للتنمية والأمانة العامة للأوقاف بالكويت ١٤٢٣هـ.

٥٦ - ابن قدامة (شمس الدين) عبد الرحمٰن بن أبي عمر. الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف بتحقيق د. عبد الله التركي. ط أولى. هجر. مصر ١٩٩٦.

٥٧ - ابن قدامة (موفق الدين) عبد الله بن أحمد المغني. طبعات.

٥٨ - القرافي. أحمد بن إدريس. الذخيرة بتحقيق الأستاذ محمد بو خبزة. ط دار الغرب. الأولى.

٥٩ - القرة داغي. تنمية أموال الوقف والحفاظ عليها. بحث منشور بمجلة أوقاف س ٤ ع ٧. الكويت ١٤٢٥/٢٠٠٤. استثمار الوقف وطرقه القديمة والحديثة. نظرة تجديدية للوقف واستثماراته. ملف - غير مرقوم - متاح من خلال مكتبة مشكاة الإسلام.

٦٠ - القرطبي. محمد بن أحمد. الجامع لأحكام القرآن الكريم بتحقيق وتخريج د. عبد الله التركي وآخرين. مؤسسة الرسالة. الأولى ٢٠٠٦.

٦١ - ابن القيم. محمد بن أبي بكر. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية بتحقيق الشيخ محمد حامد الفقي ط دار الكتب العلمية ١٩٨٣ أحكام أهل الذمة ٢٦٤/١ (نسخة المكتبة الإسلامية ضمن موقع الشبكة الإسلامية.إسلام ويب).

٦٢ - الكاساني. أبو بكر بن مسود. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط دار الحديث -.

٦٣ - الكافي. محمد. إحكام الأحكام على تحفة الحكام على منظومة ابن عاصم. ط دار الفكر.

٦٤ - الكندي. ماجد بن محمد. المعاملات المالية والتطبيق المعاصر. نشر مكتبة الجيل الواعد. عمان ص ٤٨١ - ٤٨٩.

٦٥ - ليلو. مازن راضي. القانون الإداري. من منشورات الأكاديمية العربية في الدنمارك ٢٠٠٨. متاح على موقع الجامعة على الشبكة العالمية (الإنترنت).

٦٦ - الماوردي. علي بن محمد الأحكام السلطانية للماوردي بتحقيق د. أحمد مبارك البغدادي. نشر مكتبة ابن قتيبة. الكويت ١٤٠٩/١٩٨٩ الحاوي الكبير. بتحقيق محمود مسطرجي وآخرين. ط دار الفكر ١٩٩٤.

٦٧ - المرغيناني. علي بن أبي بكر. الهداية بشرح فتح القدير ط الحلبي -.

٦٨ - مسقاوي. عمر. الوقف في ظل التشريع الوضعي. بحث مقدم إلى المؤتمر الثالث بين الشريعة والقانون تحت عنوان: الأوقاف الإسلامية في لبنان بين الواقع والمرتجى. بجامعة طرابلس. لبنان ١٤٢٣/٢٠٠٢.

٦٩ - مغلي. محمد البشير. بحث بعنوان: التكوين الاقتصادي للوقف في بلدان المغرب العربي، وتعليق الدكتور جمعة زريق عليه. ضمن نظام الوقف والمجتمع المدني في الوطن العربي. بحوث ومناقشات الندوة الفكرية التي

نظمها مركز دراسات الوحدة العربية والأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت. نشر المركز. ط أولى ٢٠٠٣.

٧٠ - منظور. محمد بن مكرم. لسان العرب. ط دار المعارف.

٧١ - المنيسي وليد بن إدريس. العمل القضائي خارج ديار الإسلام. ما يحل منه وما يحرم. ضمن البحوث المقدمة إلى المؤتمر السنوي الخامس لمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا.

٧٢ - مهدي. محمود أحمد. نظام الوقف في التطبيق المعاصر. مجموعة مختارة من تجارب الدول والمجتمعات الإسلامية. نشر البنك الإسلامي للتنمية ١٤٢٣هـ.

٧٣ - الميمان. ناصر عبد الله. ديون الوقف. ضمن بحوث منتدى قضايا الوقف الفقهية. المجلد الأول.

٧٤ - نصار. جابر جاد. عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام. نشر دار النهضة العربية ٢٠٠٢.

٧٥ - النفراوي. أحمد بن غنيم. الفواكه الدوانى على رسالة ابن أبي زيد القيرواني. ط عيسى الحلبي.

٧٦ - أبو هلبية. أسامة محمد. خوصصة المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T. بحث لاستكمال متطلبات الماجستير في القانون العام من كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الملك محمد الخامس. المغرب. ط وزارة الإعلام الكويتية ٢٠٠٦.

٧٧ - الهيتي. عبد الستار إبراهيم. المبادئ الأساسية للاقتصاد الإسلامي. نشر مكتبة المتنبي. الدمام ١٤٢٩/٢٠٠٨ الوقف ودوره في التنمية. من منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر ط أولى ١٤١٩/١٩٩٨.

٧٨ - يوسف. يعقوب بن إبراهيم. الخراج - نسخة الموسوعة الشاملة - وطبعة أخرى بتحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر - ضمن موسوعة الخراج - ط دار المعرفة. بيروت ١٩٧٩.

٧٩ - وقد أفدنا في تخريج الأحاديث بالموسوعة الحديثية ضمن الموقع الإسلامي الدرر السنية، بإشراف الشيخ السقاف.

***

تطبيق نظام البناء والتمليك B.O.T
في تعمير الأوقاف والمرافق العامة

إعداد
د.أحمد محيي الدين أحمد
مدير إدارة البحوث والتطوير ـ مجموعة البركة المصرفية
الأمين العام المساعد للشؤون الاقتصادية ـ الغرفة الإسلامية للتجارة والصناعة

المقدّمة

يلاحظ المتابع لحركة النشاط الاقتصادي المعاصر جهوداً كبيرة مبذولة من أجل رفع كفاءة المشروعات التابعة للقطاع العام وما في حكمه، وتقليل كلفة إدارتها وتجاوز الروتين الإداري، وذلك بإعطاء القطاع الخاص دوراً مهماً في إدارة النشاط الاقتصادي، خاصة في مجالات تمويل البنية التحتية من طرق وجسور وإنتاج وتوزيع الكهرباء ... إلخ ولقد كان العنوان اللافت لهذه الحركة الإنمائية هو التوسع فيما عرف بمشروعات البناء والتشغيل ثم التحويل الـB.O.T، هذا النموذج منح القطاع الخاص فرصة التعهد بالمشروعات العامة وتمويلها وإدارتها وفق رؤى حققت لها عوامل النجاح المطلوب.

كذلك ساد توجه جديد في مجال الأوقاف ركز على ضعف إدارة الأموال الوقفية وسوء استغلالها وضعف العائد منها وتقلص دورها الإنمائي والخدمي نتيجة الإدارة البيروقراطية ونتيجة قلة السيولة وقلة الإمكانيات اللازمة للتطوير ...

لكل تلك الأسباب كانت الدعوة إلى مناهج ورؤى معاصرة من أجل تنمية وتثمير ممتلكات الأوقاف، ولقد رافق تلك الدعوة حركة اجتهاد متجدد في أحكام الأوقاف ورجوع إلى أضابير الثقافة والتاريخ والتراث في إنشاء وإدارة وتنمية الممتلكات الوقفية.

ولقد وجد البعض في مفهوم الـ B.O.T أحد النماذج المعاصرة الناجحة التي يمكن الاستفادة منها ومن آلياتها والخبرات التي وفرتها، خاصة وأنه توجد خصائص شبه بين أحكام الأوقاف ومفهوم الـ B.O.T، بل إن البحث في هذا المجال اكتشف أقوال وممارسات فعلية إسلامية سابقة في إطار مفهوم الـ B.O.T.

والشكر أجزله لمجمع الفقه الإسلامي الدولي لتنبهه إلى تملك الحيثيات واختياره موضوعاً يربط بين الأوقاف والـ B.O.T.

لم أشأ أن اذكر أية معلومات تعريفية أو فقهية بشأن الوقف فلقد جرى مداد كثير حوله واتضحت معظم جوانبه، ولكن توسعت بقدر في شرح مفهوم الـ B.O.T ومزاياه وآليته ومراحله بالقدر الذي يخدم غرض هذه الدراسة، ثم تطرقت إلى معالم التكييف الشرعي لعمليات الـ B.O.T موضحاً بعض الملامح المشتركة والتجارب الإسلامية السابقة في هذا الإطار.

كما أشرت إلى بعض الفتاوى الشرعية التي صدرت بشان الـ B.O.T.

* * *

الفصل الأول

مفهوم نظام الـ B.O.T ومزاياه
ومراحل إنشاء مشروع الـ B.O.T
والأطراف الرئيسية المشاركة

أولاً: مفهوم نظام الـ B.O.T:

يعتبر نظام عمليات البناء والتشغيل ثم التحويل الـ B.O.T أحد أهم صيغ العقود المستخدمة حالياً على مستوى العالم لإقامة وتمويل وتحويل مشروعات البنية الأساسية بواسطة القطاع الخاص، حيث تعهد الدولة إلى إحدى شركات القطاع الخاص بموجب اتفاق بينهما تولي مهمة تصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية مقابل منحها امتياز بإدارة وتشغيل هذا المرفق لفترة زمنية تكفي لاسترداد أصل التمويل، بالإضافة إلى الأرباح المتوقعة من المشروع مع التزامها بنقل أصول ملكية المشروع إلى الدولة عند نهاية مدة الترخيص حسب الأوضاع والشروط الموضحة التي يتم التعاقد عليها(١).

ولقد جرى العرف على إطلاق مصطلحين أساسيين لهذا النظام

---

(١) انظر ـ الغرفة التجارية الصناعية جدة، مقومات وشروط إنشاء شركات استثمار كبرى لإقامة وتمويل المشاريع الحكومية وفق صيغة الـ B.O.T! ندوة عقود الإنماء للبناء والتمويل والتشغيل ص ٣١.

راجع كذلك:

ـ د. هاني صلاح سر الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات الـ B.O.T! المرجع السابق، ص٤٤.

ـ جيهان حسن سيد أحمد، عقود الـ B.O.T ص١٩.

ـ عماد الجمل، الجوانب الهندسية والفنية لمشروعات B.O.T! مؤتمر الاستثمار في السودان وفق عقود الـ B.O.T الخرطوم ٢٠٠٣، ص٣.

وهما (B.O.T) Build-Operate-Transfer أي: (البناء والتشغيل والتمليك).

ومصطلح (B.O.O.T) Build-Own-Operate-Transfer أي: (البناء والتملك والتشغيل والتحويل) والفارق الأساسي بين المصطلحين، هو أنه في عمليات الـ B.O.O.T تتملك الجهة الملتزمة المشروع ثم تنتقل ملكيتها مرة أخرى إلى الدولة.

ثانياً: مزايا أسلوب B.O.T:

يحقق أسلوب B.O.T لتمويل مشاريع البنية التحتية مزايا متعددة لجميع الأطراف، الدولة والمؤسسات العامة ذات العلاقة والقطاع الخاص على السواء، وأهم هذه المزايا هي:

١) يمَكّن الدولة من تنفيذ كثير من مشاريع البنية التحتية والذي يعتبر متطلباً سابقاً لتحقيق معدلات النمو الاقتصادي المستهدفة للدولة، نظراً لوجود التمويل الكافي للمشروع ووجود الضمانات الكافية من الشركات المنفذة للمشروع والتي تؤمن إكمال المشروع، وفي حالة وجود أية قصور فإن الحكومة سوف لا تتحمل مخاطر تأجيل أو فشل المشاريع الممولة[١].

٢) إن مشاركة القطاع الخاص في تصميم وبناء وتشغيل المرافق الأساسية سوف يؤدي إلى تنفيذ تلك المرافق بدرجة عالية من الكفاءة، والتي تعني تكلفة أقل وجودة مرتفعة وزمن أقل في التنفيذ مقارنة بأسلوب تمويل هذه المرافق بوسيلة القروض العامة.

٣) حيث إن القطاع الخاص الذي يقوم بتمويل المشروع أو المشاريع بأسلوب B.O.T سوف يستوفي تكاليف المشروع وأرباحه من التدفقات النقدية للمشروع فإن الدولة وبالتالي دافعي الضرائب سوف لا

---

(١) عبد الرحيم الساعاتي، خصخصة إدارة وبناء وتشغيل البنية التحتية في السعودية، ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي في تمويل المشروعات الأساسية، ص ٩.

يتحملون الأعباء التمويلية لتلك المشاريع، وبالتالي تكون هناك عدالة في توزيع الأعباء المالية للمشاريع الممولة، وذلك لأن المستفيد المباشر من المشروع هو الذي يقوم بدفع رسوم الاستخدام، وبالتالي تحمل أعباء المشروع.

٤) يساعد الدولة على توجيه مواردها العامة إلى القطاعات الاجتماعية والخدمية، مثل قطاعي التعليم والصحة.

٥) تشجيع وتفعيل استثمارات القطاع الخاص الأجنبي والمحلي، وتوفير العملة الأجنبية من خلال مشاركة القطاع الخاص الأجنبي في تمويل وتنفيذ تلك المشروعات.

٦) توفير فرص عمل جديدة آخذاً في الاعتبار طول فترة إنشاء وتشغيل مثل هذه المشروعات.

٧) جلب التكنولوجيا الحديثة والخبرة الفنية التي تحرص شركة المشروع على استخدامها لتحقيق الفاعلية والسرعة اللازمة لإنشاء المشروع.

٨) رفع كفاءة التشغيل ورفع مستوى خدمات البنية الأساسية لما يتوفر للقطاع الخاص من إمكانيات مالية وفنية وإدارية حديثة.

٩) تنشيط سوق المال نتيجة لجوء شركة المشروع إلى مصادر تمويل متعددة منها طرح أسهم وسندات.

١٠) و بالنسبة للقطاع الخاص فهناك عدة مزايا منها:

أ - تحقيق العديد من العوائد المالية والفنية والاستثمارية.

ب - فتح مجالات جديدة لأنشطة القطاع الخاص.

ج - سداد قروض المشاريع يتم بصورة أساسية من الإيرادات المستقبلية التي يدرها تشغيل المشروع.

د - توزيع المخاطر على الأطراف المنفذة للمشروع نتيجة وجود حزمة تعاقدية متعددة الأطراف وليس عقداً واحداً.

ثالثاً: الأطراف الرئيسية في عمليات الـ B.O.T:

تعتبر الأطراف التالية هي الأطراف الرئيسية المشاركة في دراسة وإقامة مشروعات الـ B.O.T وهي:

١) الحكومة المضيفة:

هي الجهة مانحة الترخيص التي يخولها القانون الحق في منح ترخيص أو التزام للقطاع الخاص ببناء أو تطوير وتمويل مرفق من مرافق البنية الأساسية، وهذه الجهة قد تكون سلطة تشريعية أو تنفيذية(١).

وبالإضافة إلى الجهة المانحة نفسها هناك جهات متعاقدة لها علاقة بهذه العمليات في بعض مراحلها كمشتري الخدمة المنتجة والمؤجرين وموردي الطاقة والمادة الخام والجهات التمويلية وجهة الضمان الحكومي(٢).

ويقع على عاتق الحكومة المضيفة الأعباء التالية:

أ - تقوم الحكومة بالاستعانة بمستشارين في مختلف الحقول، فبنوك الاستثمار تقوم بتقديم الاستشارات حول هيكل التمويل الأمثل للمشروع، كما تقوم بالترويج للمشروع، كما يقوم المستشارون القانونيون بإعداد اتفاقية الامتياز ودراسة الشروط والبنود المختلفة للعروض المقدمة من الشركات، كما يقوم المستشارون الفنيون بدراسة التصاميم والمواصفات الفنية المقدمة من الشركات.

ب - تقوم الحكومة بتوقيع اتفاقية الامتياز مع الشركة الفائزة بالمشروع وإعداد خطاب يتضمن الموافقة الرسمية للشركة من السلطات المخولة ببدء المشروع، وتمنح الشركة الصلاحيات اللازمة لتنفيذ

---

(١) للتفصيل راجع د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام دار النهضة العربية.

(٢) د. هاني صلاح سر الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات الـ B.O.T! المرجع السابق، ص١٠٧.

المشروع كما تقدم الحكومة الضمانات التي نصت عليها اتفاقية الامتياز.

ج - قد ينص الاتفاق على قيام الحكومة بتقديم قروض للشركة صاحبة الامتياز فتقوم الدولة بتوقيع اتفاقية القرض.

د - قد يتضمن الاتفاق ضمان الحكومة حداً أدنى من المشتريات للخدمة فيتم الاتفاق على الظروف والحالات التي ينطبق عليها هذا الشرط.

٢) متعهد المشروع:

أ - متعهد المشروع هي المجموعة التي تكونت من المقاولين والشركات الهندسية والقانونية وشركات التشغيل، إذ تقوم بتقديم عرضها للحكومة وتستعين في ذلك بخدمات استشارية قانونية، كما تستعين بخدمات بنوك الاستثمار والتي تقوم بتقديم استشارات حول الهيكل التمويلي المقترح للشركة، كما تقوم بتسويق حصص الملكية على المؤسسات المالية الدولية، كما تقوم بتقديم وتسعير هذه الحصص.

ب - يقوم متعهدو المشروع بعد فوزهم بالمشروع بتكوين شركة مستقلة ذات شخصية اعتبارية تهدف إلى بناء وتشغيل المشروع، وتكون مدتها مساوية لعمر الامتياز إذ تنتهي هذه الشركة بتسليم المشروع للدولة في فترة نهاية الامتياز، ويقوم الشركاء في المجموعة بتوقيع اتفاقية الشراكة وتأسيس هذه الشركة وتسجيلها.

٣) شركة المشروع:

يشير اصطلاح شركة المشروع في العمل الدولي إلى الشركة التي تتولى عملية تحويل وبناء وتشغيل المرفق طوال مدة الترخيص. ويأخذ سيناريو تكوين هذه الشركة من الناحية العملية عدة مراحل. فالمرحلة الأولى هي الدخول في اتفاق تعاقدي بين عدة شركات للدخول في

العطاء وتقديم عرض مشترك .وتبدأ المرحلة الثانية في حالة رسو العطاء عليهم، فمتى أرسى العطاء على أصحاب العرض المشترك يتم إبرام اتفاق تفصيلي لتحديد حقوق والتزامات المساهمين في شركة المشروع، وتأتي المرحلة الأخيرة الممثلة في تكوين شركة المشروع واكتسابها الشخصية الاعتبارية المستقلة، وباختصار فإن شركة المشروع تقوم بالمهام التالية:

أ) توقيع اتفاقية الامتياز مع الحكومة، وهي التي تكون ملزمة بتنفيذ الالتزامات والضمانات المطلوبة من الحكومة، وهي المسؤولة عن تنفيذ المشروع وتشغيله أمام الحكومة، كما تكون الجهة المستفيدة من الضمانات والامتيازات الممنوحة من الحكومة، وقد تتضمن اتفاقية الامتياز مساهمة الحكومة في ملكية هذه الشركة وتقديم قروض لها، وتقوم هذه الشركة بتسليم المشروع للحكومة بعد انقضاء فترة الامتياز بدون مقابل.

ب) تقوم الشركة بالحصول على التمويل ببيع حصص من حقوق الملكية للمستثمرين، وهؤلاء يشكلون الشركاء السلبيين في الشركة Negative Investors أي: لا يكون لهم الحق في إدارة الشركة وذلك بناءً على عقد الشراكة.

ج) تقوم الشركة كذلك بالحصول على التمويل بالاقتراض، ولكن لا يحق للمقرض الرجوع إلى شركة المشروع لاستيفاء أصل وفوائد القرض في حالة فشل المشروع Non - Recourse ويسدد القرض من إيرادات المشروع لذلك تتضمن اتفاقية القرض بين الشركة والمقرض أن تودع إيرادات المشروع في حساب وسيط Escrow account ويكون للمقرض الأولوية في استيفاء المدفوعات المتفق عليها بعد دفع نفقات التشغيل، لذلك توقع الشركة اتفاقية القرض واتفاقية الحساب الوسيط مع وكالة محلية.

د) تستطيع الشركات العالمية العاملة خارج بلادها الحصول على ضمانات لقروضها من وكالات تشجيع الصادرات في بلادها، وذلك

إذا استخدمت هذه القروض في استيراد سلع وخدمات من ذلك البلد، حيث إن معظم الشركاء في المشروع المنفذ هي شركات عالمية فيمكن لشركة المشروع الحصول على هذه الضمانات.

هـ) تقوم شركة المشروع بتوقيع اتفاق الإنشاء مع مجموع المقاولين، كما تقوم بالاتفاق مع الموردين على المعدات اللازمة للمشروع، ولتجنب تأثير تقلب الأسعار على تكلفة البناء وتكلفة المعدات يكون الاتفاق على مبلغ ثابت للمعدات وعلى اتفاق تسليم المفتاح بالنسبة للإنشاء.

و) تقوم شركة المشروع بالتعاقد مع شركة تشغيل وذلك لإدارة وصيانة المشروع وتحصيل رسوم الاستعمال أو ثمن السلعة أو الخدمة المقدمة، وتوريد تلك الإيرادات في الحساب المتفق عليه والذي يكون تحت سيطرة شركة المشروع، وغالباً تستقطع الشركة المشغلة تكلفة التشغيل قبل تسديد الإيرادات.

ز) تقوم شركة المشروع بتغطية المخاطر المختلفة التي قد تتعرض لها وذلك بشراء بوليصة تأمين تغطي معظم المخاطر التي قد تتعرض لها[١].

بالإضافة إلى تلك الأطراف الرئيسية هناك جهات أخرى متداخلة كالمقاول وهو الشركة أو مجموعة الشركات التي تستند إليها أعمال التشييد وبناء المرافق ويربطها بشركة المشروع عقد المقاولة الأساسي، ويتخذ عادة شكل تسليم المفتاح وهناك ما اصطلح على تسميته بالمشغل operator وهي الشركة التي تتولى مسؤولية التشغيل التجاري للمشروع وإدارته، هذا بالإضافة إلى مجموعة المستشارين في مختلف التخصصات التمويلية والتشريعية والهندسية وشركات التأمين ومجموعة الموردين[٢].

(١) ندوة عقود الإنماء للبناء والتشغيل والتمويل، B.O.T تنظيم الحرس الوطني للقطاع الغربي السعودية ص ١٥وما بعدها.

(٢) دراسة تحليلية لنظام الـ B.O.T المرجع السابق ص ١٤١ ـ ١٤٥.

رابعاً: مراحل إنشاء مشروع الـ B.O.T[1]:

(١) تقوم الدولة بتحديد مشاريع البنية التحتية التي ترغب في بنائها أو تحديثها وتدعو الشركات المختلفة لتنفيذها بأسلوب B.O.T ولتشجيع المنافسة قد تقوم الدولة بعمل دراسات الجدوى الاقتصادية لتلك المشاريع.

(٢) تقوم مجموعة أو عدة مجموعات يقودها في الغالب المقاول الرئيسي، وتضم شركات هندسية واستشارية وقانونية وشركات تشغيل بتقديم عرضها أو عروضها ويتضمن العرض التصاميم الهندسية للمشروع والدراسات المالية والخطة التشغيلية والتسهيلات المطلوبة من الحكومة والضمانات التي يجب أن تقدمها الحكومة، وخاصة فيما يتعلق بتحويل إيرادات المشروع للخارج وحماية الشركات من المخاطر السياسية المختلفة، كما يتضمن العرض مدة الامتياز المطلوب للمشروع.

(٣) تقوم الحكومة بدراسة العرض أو العروض المقدمة، ويتم تحليلها من قبل مكاتب متخصصة تقوم الدولة بتعيينهم ويتم بعد ذلك التفاوض بين الحكومة والمجموعة أو المجموعات على الشروط والمواصفات المحددة للمشروع، وفي حالة الاتفاق يتم أخذ الموافقة الرسمية من قبل الجهات ذات الاختصاص في الدولة ويتم توقيع الاتفاق.

---

(١) لتفصيل أوفى راجع في هذا الشأن:

- هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق ص ٧٥ ـ ٨٧.
- مقومات وشروط إنشاء شركات استثمار كبرى لإقامة وتمويل المشاريع الحكومية وفق صيغة B.O.T المرجع السابق ص (١٠).
- عبد الرحيم الساعاتي وغازي سليمان الشراكة الناجحة لبناء البنية التحتية في الدول النامية، ص ١٠ وما بعدها.
- عماد الجمل، الجوانب الهندسية والتقنية لمشروعات B.O.T! المرجع السابق ص ٧.
- د. أحمد محيي الدين، تمويل الاستثمارات التي تنفذ وفقاً لنظام الـ B.O.T ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الاستثمار في السودان وفقاً لنظام الـ B.O.T! ص ٨، ٧.

UNIDO, UNIDO B.O.T GUIDELINES 1996 p21.

(٤) تقوم المجموعة الفائزة بالمشروع بتكوين شركة تضم المقاول الرئيسي والشركات الهندسية والاستشارية والقانونية، وشركات التشغيل وقد تضم شريك محلي، وتكون الشركة المتعهدة والمالكة للمشروع وغالباً ما يملك الشركاء نحو ١٠ ـ ٣٠٪ من حقوق الملكية.

(٥) تحصل الشركة عن طريق بنك أو بنوك استثمارية على بقية التمويل اللازم للمشروع والذي يكون في شكل حصص ملكية للمستثمرين أو قروض غالباً ما تكون من المؤسسات المالية الدولية أو المنظمات الدولية. ومعظم هذه القروض تكون قروض طويلة الأجل ويتم الحصول على القروض القصيرة الأجل من البنوك التجارية.

(٦) بعد الانتهاء من بناء وتنفيذ المشروع تقوم شركات التشغيل بإدارة وصيانة المشروع، وتقوم شركات التشغيل بتحصيل إيرادات المشروع من المستخدمين له واستقطاع تكاليف الصيانة والإدارة وتحويل بقية الإيرادات للشركة التي تقوم بدفع التزاماتها المالية للمقرضين وتوزيع الباقي على المستثمرين والمساهمين في الشركة[١].

ويجسد الشكل التالي إجمالاً ودون تفصيل المراحل الزمنية التي يمر بها تنفيذ مشروع الـ B.O.T:

***

(١) مقومات وشروط إنشاء شركات استثمار كبرى لإقامة وتمويل المشاريع الحكومية وفق صيغة B.O.T ص ١٠.

المراحل الزمنية التي يمر بها المشروع

المرحلة الأولى ـ المرحلة التحضيرية:

مرحلة الاعداد للمشروع واختيار المستثمر:

(الأطراف):

الجهة الحكومية المتعاقدة ـ الجهة الحكومية مانحة الترخيص ـ المستثمرون مقدمو العطاءات

- تحديد المشروع ومواصفاته وسبل تمويله.
- إعداد دراسات الجدوى الاقتصادية والمالية والاجتماعية الأولية.
- إعداد المستندات والدعوة للعطاءات.
- قيام المتنافسين بالتحضير للعطاءات وتقديمها والقيام بالدراسات اللازمة.
- الاختيار وقرار الإرساء.

المرحلة الثانية ـ مرحلة التنمية:

(الأطراف):

الجهة الحكومية المتعاقدة ـ المساهمون ـ شركة المشروع ـ مؤسسات التمويل ـ المقاول ـ المورد ـ شركات التأمين ـ أطراف آخرين.

- تكوين شركة المشروع.
- إبرام اتفاق الترخيص أو الالتزام.
- اتفاقات وعقود التمويل.
- عقود المقاولة.
- عقود التوريد.
- اتفاقات أخرى خاصة بحسب نوع المرفق، مثل: اتفاقات شراء الطاقة وتوريد الوقود.
- التأمين
- اتفاق التشغيل.

المرحلة الثالثة ـ التشييد وإنشاء المشروع:

(الأطراف):

شركة المشروع ـ المقاول ـ الجهة الحكومية المتعاقدة.

- تشييد المرفق وتحضيره للتشغيل الجاري.
- اختبار المرفق وقبوله.

المرحلة الرابعة ـ التشغيل الجاري:

(الأطراف):

شركة المشروع ـ الجهة الحكومية المتعاقدة ـ المشغل.

- التشغيل والصيانة خلال مدة التراخيص والالتزام.
- دور الدولة في المعاينة والرقابة.
- التدريب ونقل التكنولوجيا والتحديث.

المرحلة الخامسة ـ انتهاء مدة الترخيص أو الالتزام ونقل الأصول:

(الأطراف):

مؤسسات التمويل ـ الجهة الحكومية المتعاقدة ـ شركة المشروع ـ المشغل.

- إجراءات النقل، وتسلم المشروع خالصاً من أية رهون أو وفقاً للحالة المتفق عليها وتسوية أية أمور مالية.

* * *

الفصل الثاني

التكييف الشرعي لعمليات الـــ B.O.T

بعد أن قدمنا شرحاً مبسطاً لعمليات البناء والتشغيل ـ التحويل B.O.T سنحاول أن نثير أهم الإشكالات الشرعية التي تعترض تكييف عمليات الـ B.O.T وفق أي صيغة مقترحة.

والصيغ التي يتصور أن يتم تكييف الـ B.O.T على أساسها هي:

- الاستصناع.
- الإجارة.
- الإقطاع أو الامتياز.

أولاً: تكييف عقد الـ B.O.T على أساس صيغة الاستصناع:

نشير فيما يلي إلى أهم خصائص وشروط وأحكام عقد الاستصناع، ونحاول بعد ذلك تنزيلها على عمليات الـ B.O.T لنرى عناصر المقاربة أو المفارقة فيها.

باختصار شديد فإن أهم خصائص وشروط عقد الاستصناع هي:

(١) الصورة العامة للاستصناع أن يطلب شخص أو جهة من شخص أو جهة أخرى صنع شيء على أن تكون المواد من الصانع وذلك نظير ثمن معين مؤجلاً أو حاضراً أو مقسطاً.

(٢) أن يكون محل العقد معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر ومحدداً تحديداً واضحاً يمنع المنازعة.

(٣) أن يكون مما يجري عليه التعامل بين الناس وهو أمر خاضع للعادة والعرف.

(٤) ذهب الصاحبان إلى أن ضرب الأجل وعدم ضربه في

الاستصناع سيان فهو جائز مع الأجل مطلقاً ومع عدم الأجل.

(٥) بالنسبة للزوم والجواز فإن قدماء فقهاء المذهب الحنفي يرون أن عقد الاستصناع عقد جائز قبل الصنع وبعد الفراغ منه قبل رؤية المستصنع، أما بعد رؤية المستصنع فالخيار له وحده وقيل: بعد الرؤية يبقى الخيار لهما جميعاً وقيل: بعدها لا خيار لهما جميعاً، إلا أن المتأخرين من فقهاء الأحناف يرون عقد الاستصناع عقد لازم في حق الطرفين منذ انعقاده وسارت على ذلك مجلة الأحكام، حيث تنص المادة ٣٩٢ على أنه: (إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد المتعاقدين الرجوع عنه) وفي حالة ما يجيء المصنوع مخالفاً للمواصفات يكون للمستصنع الخيار، وهو رأي المعاصرين من الفقهاء[١].

كانت تلك أهم خصائص وأحكام وشروط عقد الاستصناع وسوف نحاول فيما يلي تطبيقها على عمليات الـ B.O.T لنرى إمكانية تكييفها على أساس عقد الاستصناع، وعليه فإذا ما ذهبنا إلى تكييف عمليات الـ B.O.T على أساس أنها عقود استصناع فذلك يعني التالي:

(١) الجهة الحكومية أو الإدارية هي المُستصنع.

(٢) الجهة صاحبة الامتياز هي الصانع.

(٣) محل العقد المصنع فلنفترض أنه طريق يربط بين مدينتين.

(٤) ثمن الاستصناع هو المنفعة التي يحصل عليها الصانع بعد اكتمال الطريق والتي تؤهله للحصول على عائد من مستخدمي الطريق.

إذا ما حاولنا أن نطبق خصائص وشروط وأحكام عقد الاستصناع لا نجد مشكلة في توافق هذا الامتياز مع الصورة العامة لعقد الاستصناع حسب تعريف الفقهاء، كما أن محل العقد وهو الطريق لا توجد إشكالية

---

(١) انظر سعود الثبيتي الاستصناع تعريفه، حكمه، تكييفه، شروطه بحث غير منشور، ص٣٤.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر ج ٤ ص ٦٣٣.
- الكاساني - بدائع الصنائع - ج ٥ ص ٢ - ٤.

في تحديده تحديداً دقيقاً من حيث الطول والعرض والمسار وخصائصه الفنية والمرافق التي يجب أن يشتمل عليها، كذلك لا توجد إشكالات فيما يختص بأجل المشروع والشروط التعاقدية من حيث النفاذ واللزوم والاشتراطات الخاصة بتنظيم استخدام الطريق وقيمة الرسوم وغيرها . . . إلخ.

وبعد قراءة متعمقة لمختلف أنواع وأشكال عمليات الـ B.O.T وعقد الاستصناع وجدت أن الإشكالات التي قد تعترض تكييف هذه العمليات على أساس أنها عقد استصناع تتعلق فقط بثمن الاستصناع:

١ ـ هل يصح أن يكون الثمن في عقد الاستصناع منفعة؟

٢ ـ ألا يعتبر هذا الثمن بالكيفية التي أشرنا إليها في حكم الجهالة أو الغرر المفضى إلى المنازعة.

(١) هل تصلح المنفعة ثمناً؟

كما أشرنا سابقاً فإن ثمن الاستصناع سيكون المنفعة التي سوف تعود على الصانع بعد استكمال الطريق وحتى نهاية مدة الامتياز، وقد يرى البعض أن ثمنه لا بد أن يكون مبلغاً محدداً تحديداً قاطعاً، وأن المنفعة لا تصح أن تكون محلاً للعقد.

اعتبر جمهور الفقهاء (من غير الأحناف) أن المنافع أموال لأن المقصود من الأشياء منافعها لا ذواتها وهو الرأي الصحيح المعمول به في القانون وأعراف الناس، والمقصود بالمنفعة هو الفائدة الناتجة من الأعيان كسكني الدار وركوب السيارة . . . إلخ[1] يقول الزرقا: (حكم المنفعة يسوغ لصاحبه أن يتصرف في المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم ضمن حدود العقد الذي ملكه إياها، فيحق له تمليك المنفعة التي استفاد ملكيتها)[2] ويقبل ملك المنفعة التقيد بالزمان والمكان والصفة عند إنشائه

---

(١) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، دار الفكر ص ٤٢.

(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار الفكر ج ١، ص ٢٨٦.

ويورث عند جمهور الفقهاء، ويكون أمانة في يد المالك لا يضمن إلا بالتعدي والتقصير وتنتهي بانتهاء مدة الانتفاع المحددة.

ولقد أجاز الفقهاء أن تكون المنفعة أجرة في الإجارة، جاء في المدونة (فهل يجوز أن يشترى سكناي التي أسكنها بسكنى دار لي أخرى أو بخدمته أو عبد لي آخر) يجوز ذلك أم لا؟ قال لا أرى بأساً[(١)].

ولقد علق الشيخ تقي العثماني على ذلك قائلاً: (وقد يستشكل هذا بأن المنفعة التي صارت ثمناً في البيع أو أجرة في الإجارة موجودة عند العقد، فلا يقاس عليها العقد المبحوث فيه، حيث إن المنفعة التي جعلت ثمناً للاستصناع معدومة عند العقد. ويمكن أن يجاب عنه بأن قضية الاستصناع غير قضية البيع والإجارة، فإن العين المبيعة في البيع والمنفعة المعينة المستأجرة في الإجارة موجودة عند العقد، فيجب أن يكون العين أو المنفعة بدلهما موجوداً. أما الاستصناع فالمبيع فيه معدوم، وإنما أجيز العقد لمكان الحاجة والتعامل، فلا بأس إن كان بدله مثله في كونه معدوماً، مثل أن يستصنع زيد خزانة من عمرو، بأن يصنع له عمرو منضدة، والظاهر أن العقد جائز، مع كون كل من البدلين معدوماً عند العقد، فإن كانت المنفعة التي جعلت بدلاً للاستصناع سوف تحدث بصنعة الصانع نفسه، فلا يضر كونه معدوماً بالطريق الأولى لأن وجود المنفعة التي هي الأجرة موقوف على إنجاز الصانع للمشروع، وهذا الإنجاز نفسه هو المعقود عليه في الاستصناع، ولا يستحق الصانع الثمن إلا بالإنجاز، ومتى حصل الإنجاز، وجدت المنفعة التي هي الثمن، فصار وجود الثمن لازماً لوجود المبيع فلا إشكال من جهة كون المنفعة معدومة عند العقد[(٢)].

وبعد تأمل ودراسة كل ما أوردناه سابقاً فإني أرى أنه لا مانع من أن تكون منفعة العين محل الاستصناع (وهي الطريق) في مثالنا

---

(١) المدونة الكبرى ج ٣ ص ٢٦٦.

(٢) الشيخ تقي العثماني، عقود البناء والتشغيل ونقل المليكة، بحث غير منشور، ص ٦.

المضروب هي ثمن الاستصناع، وللصانع الحق وفق شروط العقد من التصرف في هذه المنفعة باستغلالها وإدارتها أو بيعها أو تأجيرها لجهات أخرى.

(٢) تحديد ثمن الاستصناع بين المعلومية والجهالة:

نحن نعلم أنه من شروط صحة البيع أن يكون الثمن معلوماً وقت التعاقد ـ وهذا باتفاق ـ ولكن كيف تكون معلومية الثمن؟

يرى فريق أن معلومية الثمن تكون بمعرفة مقداره كمًّا. ويرى فريق ثانٍ أن معلومية الثمن تكون بما يحصل به الرضا، وتتقطع به المنازعة سواء حدد كماً أو لم يحدد كذلك.

رأي الفريق الأول:

هذا الفريق يرى أن تحديد ثمن المبيع يجب أن يكون كماً عند العقد، ويعتمدون في ذلك على آراء كثير من متقدمي الفقهاء منها:

١) يقول السرخسي: (وجهالة مقدار الثمن تمنع صحة العقود. فلو قال: أخذته منك بمثل ما أخذ به فلان من الثمن، فإن كان ذلك معلوماً عندهما وقت العقد، فهو جائز، وإلا كان العقد فاسداً. وذلك لأنه يكشف الحال للمشترى إذا علم مقدار ما أخذ به فلان ورضاه به قبل ذلك لا يكون تاماً)[(١)].

٢) وجاء في المادة ٢٣٨ من مجلة الأحكام: (يلزم أن يكون الثمن معلوماً علماً بقدره، وعلماً بوصفه، فإذا كان الثمن مجهولاً فالبيع فاسد، وإذا قال إنسان لآخر: بعتك بالثمن الذي شرى به فلان فالبيع فاسد).

٣) وقال الشيرازي: (ولا يجوز البيع إلا بثمن معلوم القدر، فإن باع بثمن مجهول كبيع السلعة برقمها، وبيع السلعة بما باع به فلان

---

(١) السرخسي، المبسوط ج ٣، دار المعرفة، ص ٧، ٦.

سلعته، وهما لا يعلمان ذلك فالبيع باطل، لأنه عوض في البيع، فلم يجز مع الجهل بقدره كالمسلم فيه)[١].

٤) ويرى ابن حزم: (إنه لا يصح البيع بغير ثمن مسمى، كمن باع بما يبلغ في السوق، أو بما اشترى به فلان أو بالقيمة، فهذا كله باطل لأنه بيع غرر وأكل للمال بالباطل، لأنه لم يصح فيه التراضي، ولا يكون التراضي إلا بمعلوم المقدار، وقد يرضى لأنه يظن أنه يبلغ ثمناً ما، فإن بلغ أكثر لم يرض المشترى، وإن بلغ أقل لم يرض البائع)[٢].

٥) وجاء في الخرشي: (ومما يشترط في البيع عدم الجهل بالمثمون والثمن قدراً وكمية وكيفية وصفة)، ولكنه عاد وذكر أن (من شروط الثمن أن يكون معلوماً للمتعاقدين علماً تاماً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية إلى النزاع)[٣].

آراء الفريق الثاني:

يرى هذا الفريق الثاني أن تحديد الثمن إنما يكون بما يقع به التراضي وتنقطع به المنازعة، ولا يشترط أن يكون الثمن محدداً تحديداً كمياً، ويستندون في رأيهم هذا إلى الآراء التالية:

يقول ابن القيم: (اختلف الفقهاء في جواز البيع بما ينقطع به السعر من غير تقرير الثمن وقت العقد، فمنعه الأكثرون وجعلوا القبض به غير ناقل للملك وهو قبض فاسد. والرأي الآخر وهو الصواب المقطوع به وعمل الناس في كل عصر ومصر، جواز البيع بما ينقطع به السعر.

وليس في كتاب الله وسنة رسوله، ولا إجماع الأمة ولا قول صاحب، ولا قياس صحيح ما يحرمه. وقد أجمعت الأمة على صحة النكاح بمهر المثل، وأكثرهم يجوزون عقد الإجارة بأجر المثل كالنكاح

---

(١) الشيرازي، المهذب، ج ١.

(٢) ابن حزم، المحلى ج ٩، ص٢٣.

(٣) الخرشي على مختصر خليل - دار الفكر ج ٥ ٦٩، ٢٣ وما بعدها.

والخباز، والبيع بثمن المثل كبيع ماء الحمّام، فغاية البيع بالسعر أن يكون بيعه بثمن المثل فيجوز)[1].

ويرى الفريق الثاني أن تحديد الثمن يكون بما يقع به التراضي ويقطع المنازعة، لذا فهو تحديد يستوفي شروط الصحة ويعتبر البيع به صحيحاً، يقول دكتور محمد يوسف موسى: (إن المعرفة المشروطة في الثمن لا تتطلب أن يكون الثمن حين العقد معلوماً بأنه مبلغ كذا من النقود، فهذه المعرفة ليست واجبة شرعاً حين العقد، ويكفي أن يكون الثمن معروفاً على وجه ما به يقع التراضي ولا يقوم نزاع بين المتعاقدين)[2].

وأميل إلى ترجيح رأي الفريق الثاني استناداً على ما يلي:

أ) لم أجد نصاً صريحاً يمنع من تحديد الثمن بالكيفية التي تمت الإشارة إليها.

ب) حين قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾. فهم الفقهاء أن الرضا أساس كل العقود، ولهذا شرطوا في البيع شروطاً لضمان تحقيق هذا الرضا، ومنها أن يكون الثمن معلوماً. وطالما أن الاتفاق ابتداءً على أي ثمن كان رخصاً أم غلا يعد صحيحاً. فيكون مقصد الشارع من وراء النص على معلومية الثمن قد تحقق.

ج) يكون الرضا بالثمن المحدد كما سبق تاماً طالما أن العاقد لم يكره عليه ولم تستغل حاجته، خاصة إذا علمنا أن المعاملة موضوع العقد تتعلق بالمستقبل.

د) قد يرى البعض أن تحديد الثمن كمياً أحوط ويقع به الرضا وتقطع به المنازعة. هذا صحيح ولكن قد يكون للمتعاقدين من وراء تأجيل التحديد الكمي لأسعار السلع أغراض تجارية

---

(١) ابن القيم ـ أعلام الموقعين ج ٢، ص ٥.

(٢) محمد يوسف موسى، البيوع والعمليات المعاصرة، ص ١٨٥.

واقتصادية معينة. وطالما أنه يمكن تحقيق هذه الأغراض دون مانع شرعي، فإن الأسلم أن تتاح الفرصة للمتعاقدين لتحقيق هذه الأغراض.

وفي نهاية هذا الجزء من البحث لا بد من الإشارة إلى قرار رقم ٢/١٣ من ندوة البركة الثالثة عشرة للاقتصاد الإسلامي والتي ناقشت الأمر ونصه:

استصناع المشروعات مقابل استثمارها قبل التسليم :B.O.T

أ - التأكيد على الأهمية البالغة لصيغة استصناع المشروعات مقابل استثمارها قبل التسليم B.O.T بالنسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، نظراً لانتشارها، ولدورها البارز في تنمية المجتمعات الإسلامية، ولصلتها بقطاع الخدمات وليس في هذه الطريقة جهالة أو غرر إذا طبقت فيها العقود المقترحة، لأن ثمن الاستصناع معلوم بالمبلغ المحدد، أو بالمنفعة المعلومة مهما كان إيراد استثمارها.

ب - يمكن أن تطبق طريقة الإنشاء للمشروعات نظير استثمارها قبل التسليم من خلال أحد العقود الشرعية التالية:

- عقد استصناع تكون فيه منفعة استثمار المشروع مدة معينة هي ثمن الاستصناع، وذلك بعد تمكين المستصنع من تسلمها ودخولها في ضمانه بالقبض الحكمي، والمنفعة تصلح أن تكون ثمناً أو عوضاً في عقود المعاوضات.

- عقد استصناع بثمن معين مؤجل، مع إبرام المستصنع عقد تأجير إلى الصانع إجارة موصوفة في الذمة لمشروع يتم وصفه بصورة مطابقة للمشروع المصنوع، ويتم دفع الأجرة من خلال استثمار الصانع (المستأجر) للمشروع بموجب عقد الإجارة ويمكن أن تجري المقاصة بين ثمن المشروع المصنوع والأجرة المستحقة للمستصنع (المؤجر) من الصانع (المستأجر).

- عقد استصناع يحدد فيه الثمن بما يغطي تكاليف المشروع والعائد المستهدف للصانع، مع توكيل المستصنع للصانع بإدارة المشروع وتشغيله حتى يستوفي الثمن المحدد في عقد الاستصناع، وذلك بعد تمكين المستصنع من تسلمه ودخوله في ضمانه[1].

ورأى بعض الفقهاء المشاركين في الندوة أن الأولى تحديد ثمن الاستصناع بمبلغ معين يغطي تكاليف المشروع وربح صاحب الامتياز، مع تمكينه من استغلاله المدة التي يحصل بها على ذلك المبلغ.

ورد في معيار الاستصناع مادة ١/٢/٣ ما نصه: (يشترط أن يكون ثمن الاستصناع معلوماً عند إبرام العقد، ويجوز أن يكون نقوداً أو عيناً، أو منفعة لمدة معينة، سواءً كانت منفعة عين أخرى أو منفعة المصنوع نفسه، وهذه الصورة الأخيرة تصلح للتكليف في حال منح الجهات الرسمية عقود امتياز نظر الانتفاع بالمشروع لمدة معينة[2].

ثانياً: تكييف عمليات الـ B.O.T على أساس عقد الإجارة:

يذهب البعض إلى تكييف عمليات الـ B.O.T على أساس عقد الإجارة وذلك على النحو التالي:

- المؤجر: هو الدولة أو الجهة الإدارية مانحة الامتياز.
- المستأجر: هو الجهة صاحبة الامتياز.
- العين المؤجرة: هي الأرض التي يقام عليها المشروع، وفي حال مثالنا السابق هي مساحة الأرض التي سوف يقام عليه الطريق.
- الأجرة مؤجلة وهي الطريق نفسه بعد إعادة تسليمه إلى الحكومة أو الجهة الإدارية مانحة الامتياز.

وكما نعلم جميعاً فإن الإجارة هي: (تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض) ومن أهم خصائصها وشروطها وأحكامها التي تهمنا في هذا البحث ما يلي:

---

(١) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، ص ٣٩٩، ٣٩٨.
(٢) المعايير الشرعية ـ هيئة المحاسبة والمراجعة، ص ١٧٨.

١ ـ أن يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوماً علماً يمنع المنازعة فإن كان مجهولاً جهالة مفضية إلى نزاع فلا تصح العقود. لأن هذه الجهالة تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد.

٢ ـ بيان مدة الإيجار، وتصح الإجارة على أي مدة طالت أو قصرت.

٣ ـ أن يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعاً.

٤ ـ ألا ينتفع الأجير بعمله فإن كان ينتفع به فلا تجز، فلا تصح الإجارة على الطاعات. لأن القائم بها عامل لنفسه، كما لا يصح استئجار رجل ليطحن لآخر قفيزاً من حنطة بجزء من دقيقها أو ليعصر له قفيزاً من سمسم بجزء معلوم من دهنه. لأن الأجير ينتفع بعمله من الطحين والعصر فيكون عاملاً لنفسه.

٥ ـ أن تكون الأجرة مالاً متقوماً معلوماً.

٦ ـ عقد الإجارة عقد لازم.

٧ ـ يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة اعتناءه بملكه، ولا يجوز له أن يحدث بها تغييراً بدون إذن مالكها.

٨ ـ لا بد في الإجارة من بيان ما تستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وإلا كانت فاسدة[١].

ففيما يتعلق بالأجرة فينطبق عليها ما ذكرناه سابقاً عند الحديث عن ثمن عقد الاستصناع.

فالأجرة هي ما يلتزم به عوضاً عن المنفعة التي يمتلكها. وكل ما يصلح أن يكون ثمناً في البيع يصلح أن يكون أجرة في الإجارة، وقال الجمهور: إنه يشترط في الأجرة ما يشترط في الثمن ويجب العلم بالأجر لقول النبي ﷺ: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره» وإن كان الأجر

---

(١) انظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج ٤، ص ٧٣٤ وما بعدها؛ عبد الستار أبو غدة، الإجارة، ص ٢٣ وما بعدها.

مما يثبت ديناً في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة، فلا بد من بيان جنسه ونوعه وصفته وقدره. ولو كان الأجر مجهولاً جهالة مفضية للنزاع فسد العقد فإن استوفيت المنفعة وجب أجر المثل وهو ما يقدره أهل الخبرة.

ولقد جوز الجمهور أن تكون الأجرة منفعة من جنس المعقود عليه يقول الشيرازي: ويجوز إجارة المنافع من جنسها ومن غير جنسها، لأن المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذلك المنافع، ويقول ابن رشد: أجاز مالك إجارة دار بسكنى دار أخرى[1].

إلا أنه تثور هنا قضية أخرى حيث إن قيمة المشروع أو تكاليفه تكون معروفة عند اكتمال الطريق ويتم مراعاتها عند التفاوض المبدئي على التمويل، ولكن وخلال سريان مدة الامتياز وحتى موعد تسليم الطريق يكون قد فقد جزءاً مهماً من قيمته بفعل الاستخدام، وتكون بعض المرافق قد أهلكت جزئياً مما يجعل قيمة الأجرة مجهولة، ويمكن تجاوز هذا الوضع باشتراط صيانة المستأجر للطريق صيانة كاملة وتسليمه بحالة جيدة عند نهاية فترة الامتياز.

وقت استحقاق الأُجرة:

القضية الأخرى التي تتطلب بعض النقاش هي مسألة وقت استحقاق الأجرة، حيث يرى الشيخ العثماني أن تأخير تسليم الطريق وهو الأجر أمر يخالف أحكام الإجارة حيث يقول:

(أما النوع الأول الذي يبتنى على أساس إجارة الأرض، فقد لا ينطبق على القواعد الفقهية الشرعية في صورته المعروفة. وذلك لأنه مبني على أساس أن الدولة أجرت أرضها للجهة الصانعة إلى مدة معلومة، والأجرة المؤجلة هي تسليم نفس المشروع بعد انتهاء المدة. وهذا لا يصلح شرعاً، لأننا لو أسّسنا العقد على أساس إجارة الأرض فإن

---

(١) عبد الستار أبو غدة، الإجارة، ص٣٣، ٣٤.

الإجارة تبتدئ منذ أول يوم تسلم فيه الأرض إلى الجهة الصانعة. والمقرر شرعاً أن الإجارة عقد متجدد بمعنى أن كل يوم ينسب إليه جزء من الأجرة المتفق عليها، ولو كانت الإجارة لمدة طويلة. فمثلاً لو أجر زيد أرضه إلى عمرو لمدة سنة بمبلغ ستة وثلاثين ألف ريال (٣٦٠٠٠) فإن هذه الأجرة تقسم على عدد أيام السنة، فيستحق زيد مائة ريال مقابل كل يوم، فلو انفسخت الإجارة قبل سنة لسبب من الأسباب، فإن المؤجر يستحق الأجر مقابل الأيام الماضية. فلو كانت الإجارة انفسخت بعد شهرين مثلاً، فإن المستأجر يدفع إلى المؤجر ستة آلاف ريال لما مضى من الأيام. فظهر بهذا أن الأجرة في إجارة الأرض لا بدّ أن تكون قابلة للانقسام على عدد أيام الإجارة، ليمكن التصفية بالشكل المذكور عند انفساخ الإجارة قبل انتهاء المدة. ولكن الأجرة في هذا العقد نفس المشروع الذي سوف ينشئه المستأجر في مدة ربما تطول. ولا يصلح ذلك المشروع للانقسام على عدد أيام الإجارة، فلو انفسخت الإجارة قبل اكتمال المشروع، لا يمكن التصفية بتجزئته على عدد الأيام الماضية، فإنه يمكن أن تكون الأيام الماضية ربع مدة الإجارة، والجزء المكتمل ثمنه، أو بالعكس، كما يمكن أن تنفسخ الإجرة قبل أن يبرز جزء من أجزاء المشروع، فظهر أن المشروع المقترح لا يصلح أن يكون أجرة في إجارة الأرض.

فلا سبيل إلى تخريج هذا العقد على أساس الإجارة إلا بأن تحدّد أجرة الأرض بنقود معلومة، ولكن يجوز عند انتهاء مدة الإجارة أن يتراضى الطرفان بتسليم المشروع إلى المؤجر على أساس التقويم، وبما أنه لا يجوز في هذه الصورة اشتراط سابق لتسليم المشروع عند انتهاء المدة بدلاً من النقود فإن هذه الصيغة لا تنفع من حيث كونها عقداً باتاً يلتزم به الفريقان بالمقصود من العملية)[1].

(١) الشيخ تقي العثماني، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية، المرجع السابق ص ٤.

إذن نجد أنه من المهم الإجابة على السؤال التالي متى تجب الأجرة وتملك، حيث يقرر الفقهاء أن الأجرة تجب وتملك على النحو التالي:

أحدها: بأن يشترط تعجيلها في نفس العقد.

ثانيها: بتعجيلها من غير شرط، لأن تأخير التزام المستأجر بالأجرة ثبت حقاً له فيملك إبطاله بالتعجيل، كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله.

ثالثها: باستيفاء المعقود عليه وهو المنافع شيئاً فشيئاً، أو بالتمكين من الاستيفاء بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر، وتسليم المفتاح أيضاً، لأن المستأجر يملك حينئذ المعوض، فيملك المؤجر العوض في مقابلته تحقيقاً للمعاوضة المطلقة وتسوية بين العاقدين في حكم العقد.

وإذا تم الاتفاق بين العاقدين على أن الأجرة لا تجب إلا بعد انقضاء مدة الإجارة فهو جائز، إذ أنه يكون تأجيلاً للأجرة بمنزلة تأجيل الثمن.

وأما إذا لم يشترط في العقد شيء فلأبي حنيفة قولان: متقدم ومتأخر، فأما قوله المتقدم وهو قول زفر: فهو أن الأجرة لا تجب إلا في آخر مدة الإجارة، لأن منافع المدة أو المسافة من حيث إنها معقود عليها شيء واحد، فما لم يستوفها كلها لا يجب شيء من بدلها، وأما قول أبي حنيفة المتأخر وهو المشهور الذي استقر عليه، وقول الصاحبين: فهو أن الأجرة تجب حالاً فحالاً، كلما مضى يوم يسلم المستأجر أجرته: لأن الأجرة تملك على حسب ملك المنافع، وملك المنافع يحدث شيئاً فشيئاً على مر الزمان، فتملك الأجرة شيئاً فشيئاً بحسب ما يقابلها.

وبما أن هذه القاعدة توجب تسليم الأجرة ساعة فساعة، وهو أمر متعذر، فتقدر الأجرة باليوم أو بالمرحلة استحساناً.

وأما بالنسبة لتأجيل الأجرة وتعجيلها عند الشافعية والحنابلة: فقد

قرروا أنه إذا كانت الإجارة إجارة ذمة فيشترط فيها تسليم الأجرة في مجلس العقد، لأنها بمثابة رأس المال في عقد السلم كأن يقول المستأجر: أسلمت إليك عشر ليرات في جمل صفته كذا يحمل لي متاعي إلى جهة كذا، أو يقول: استأجرت منك بكذا . . . إلخ، لأن تأخير الأجرة حينئذ من باب بيع الدين بالدين.

وإن كانت الإجارة إجارة عين: فإن كانت الأجرة فيها معينة مثل: استأجرتك لتخدمني سنة بهذا الجمل، فإنه لا يصح تأجيلها، وإن كانت الأجرة في الذمة كأن يقول: بجمل صفته كذا، فيجوز تأجيلها وتعجيلها وفي حالة الإطلاق يجب تعجيلها، كما في عقد البيع يصح بثمن حال أو مؤجل[١].

جاء في معيار الإجارة مادة ٢/٢/٥ ويجوز أن تدفع الأجرة بعد إبرام العقد دفعة واحدة أو على دفعات خلال مدة تساوي أو تزيد أو تقل عن مدة الإجارة[٢].

كما جاء في المعيار ٢٢ ـ عقود الامتياز، ما نصه (إذا كان المشروع منشأ على أرض مستأجرة للدولة والأجرة تسليم المشروع إليها بعد مدة معينة فإنها إجارة للأرض والأجرة هي المشروع نفسه المسلم في الأجل المتفق عليه[٣].

إذن وبشكل عام فإنه يمكن القول بصحة أن تكون الأجرة مؤجلة وهي تسليم نفس المشروع بعد انتهاء المدة وهذا التخريج في الإطار العام ولا بد من النظر في كل عقد على حدة والتوفيق في محتوى بنوده لتحديد التكييف الصحيح له.

(١) الكاساني. بدائع الصنائع ج ٤، ص ٢٠١؛ بداية المجتهد ج ٢، ص ٢٦؛ المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٤٠٦؛ نهاية المحتاج، ج ٢، ص ٣٣٤، نقلاً عن وهبة الزحيلي؛ المرجع السابق ص ٧٦٠ ـ ٧٦٢؛ انظر عبد الستار أبو غدة. الإجارة المرجع السابق ص ٤٢، ٤٣.
(٢) المعايير الشرعية، ص ١٣٨.
(٣) المرجع السابق، ص ١٧٨.

ثالثاً: تكييف عمليات الـ B.O.T على أساس الإقطاع أو الامتياز:

يرى البعض أنه يمكن تكييف عمليات الـ B.O.T على أساس (الإقطاع).

والإقطاع في المفهوم الإسلامي هو جعل ولي الأمر رقبة الأرض لشخص من الأشخاص فيصبح مالكها ومشغلها وهو طريقة لتوزيع الأراضي الموات أو نحوها بين الأشخاص أو الهيئات القادرة على استثمارها وبعث النشاط والحياة فيها[١].

وينقسم الاقطاع إلى إقطاع تمليك وهو بجميع أنواعه إقطاع الموات التي لم يدخلها إعمار ولم يملكها أحد ولم تتعلق بها مصلحة الجماعة، والنوع الثاني هو إقطاع الاستغلال وهي على الأرض مثل أن يقطع الإمام جزءاً من الأرض التي يجوز اقطاعها لرجل ليشغلها من غير تأبيد أو تمليك وهو ما قال فيه الماوردي (فهذا النوع من العامر لا يجوز إقطاع رقبته لأنه صار باصطفائه لبيت المال ملكاً لكافة المسلمين فجري على رقبته حكم الوقوف المؤبدة والسلطان فيه بالخيار على وجه النظر في الأصلح بين أن يستغله لبيت المال كما فعل عمر رضى الله عنه وبين أن يتخير له من ذوي المكنة والعمل من يقوم بعمارة رقبته بخراج يوضع عليه مقدر بوفور الاستغلال ونقصه، كما فعل عثمان رضي الله عنه، ويكون الخراج أجرة تصرف في وجوه المصالح.

فعلم بذلك أن إقطاع الاستغلال للأرض مما كان العمل به جارياً في صدر الإسلام.

الثاني: وهو ما يتعلق بما يخرج من الأرض وذلك ما يقطعه الإمام من الخراج ويدفعه للأجناد بقدر كفايتهم وحاجتهم وذلك لأن لهم أرزاقاً محددة ومقدرة لحبسهم أنفسهم للجهاد في سبيل الله[٢].

---

(١) عبد الله المصلح الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية، مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، ص ١٢٣.

(٢) الماوردي - الأحكام السلطانية ص ١٩٣.

والنوع الثالث: هو إقطاع الإرفاق وهو إقطاع المعادن الباطنة وهي التي لا يتوصل إليها إلا بالعمل فللإمام أن يقطع منها رجلاً بالمقدار الذي يستطيع معه العمل فيما أقطع وإقطاعها إقطاع إرفاق لا إقطاع تمليك، ومن إقطاع الإرفاق إقطاع الشوارع والأسواق والرحاب التي ليست ملكاً لأحد.

ومن المقرر شرعاً أنه يجوز للإمام أن يقطع موات الأرض لمن يملكه بالأحياء لما روى عن أن النبي ﷺ أقطع وائل بن حجر بحضرموت، يقول وهبة الزحيلي:

أما إقطاع الموات: فيجوز باتفاق المذاهب للإمام إقطاع موات لمن يحييه، فيؤدي إلى عمارة البلاد، لأنه ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق، وأقطع وائل بن حجر أرضاً، وأقطع أبو بكر وعمر وعثمان وجمعاً من الصحابة.

فإن أقطع الإمام أرضاً لشخص، ملكها عند المالكية وإن لم يعمرها بشيء فله بيعها وهبتها، وتورث عنه. وليس هو من الأحياء، بل هو تمليك مجرد.

ولا يملك الموات بالإقطاع عند الجمهور (غير المالكية)، لأنه لو ملكه ما جاز استرجاعه، بل يصير المقطع كالمتحجر الشارع في الإحياء، فيكون أحق به إذا أحياه في خلال مدة، أقصاها عند الحنفية ثلاث سنين، لقول عمر: (ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق).

ولا ينبغي للإمام أن يقطع من الموات إلا ما قدر المقطع على إحيائه: لأن في إقطاع أكثر من هذا القدر تضييقاً على الناس في حق مشترك بينهم، مما لا فائدة فيه، فيدخل به الضرر على المسلمين.

فإن أقطع الإمام أحداً أكثر من القدر الذي يمكن إحياؤه، ثم تبين عجزه عن عمارته أو إحيائه استرجعه الإمام منه، كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عن عمارته من العقيق الذي أقطعه إياه رسول الله ﷺ. وهذا هو المراد بالمصلحة التي يجوز الإقطاع لأجلها: لأن الحكم يدور مع علته.

وللإمام عند الحنابلة إقطاع غير الموات تمليكاً، وانتفاعاً للمصلحة. ويجوز الإقطاع من مال الخراج، كما يجوز من مال الجزية.

وقال المالكية: لا يقطع الإمام معمور أرض العنوة كأرض مصر والشام والعراق، أي: الصالحة لزرع الحب ملكاً، لأنها وقف عندهم، بل يقطعها إمتاعاً وانتفاعاً. وأما ما لا يصلح لزرع الحب، وإن صلح لغرس الشجر، وليس من العقار، فإنه من الموات، يقطعه ملكاً وانتفاعاً[(١)].

هذا التكييف يصطدم برأي البعض بأن عقد الإقطاع ليس من عقود المعاوضات، وإن رأينا خلال الشرح المبسط أن للإمام أن يفرض على المنتفع أجرة في شكل خراج أو نحوه، كذلك فإن أحكام الإقطاع تعطي ولي الأمر سلطة إنهاء الامتياز في أي وقت من طرف واحد، وهذه المسألة يمكن تجاوزها من خلال بنود الاتفاقية.

عقود امتياز الإنشاء:

لقد شرح المعيار الشرعي رقم ٢٢ الخاص بعقود الامتياز بدقة تعريف امتياز الإنشاء والتكييف الشرعي بما يتطابق مع ما ذكرناه بخصوص آلية عمل الـ B.O.T، وفيما يأتي نصه:

٦/١/١ تعريف امتياز الإنشاء:

عقد امتياز الإنشاء هو عقد بين الدولة وطرف آخر لإقامة مشروع يتعلق غالباً بالمرافق العامة يتم إنشاؤه بمواصفات معينة.

٦/١/٢ صورة امتياز الإنشاء:

أ) أن ينشئ الحاصل على الامتياز مشروعاً بمواصفات معينة على أرض للدولة يكون مملوكاً لها، وتكون منافعه مملوكة لصاحب الامتياز مدة معينة تعود بعدها للدولة.

---

(١) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج ٥ ص ٥٧٦، ٥٧٧.

ب) أن ينشئ الحاصل على الامتياز مشروعاً بمواصفات معينة يكون ملكاً له، ولكن على أرض للدولة، وينتفع به مدة معينة، ثم يملّك إنشاءات المشروع إلى الدولة.

ج) أن ينشئ الحاصل على الامتياز مشروعاً بمواصفات معينة على أرض للدولة، وتكون إنشاءات المشروع أيضاً ملكاً لها، ويشتركان في إيرادات المشروع حسب الاتفاق، وذلك طوال مدة محددة يتم بعدها تمليك المشروع إلى الحاصل على الامتياز.

٦/٢/١ وفي الحالات الثلاث (المشار إليها في ٦/١/٢) يترتب على الامتياز منح الحاصل عليه، الحق في تحصيل الرسوم أو الأجور عن تقديم خدمات المشروع للجمهور.

٦/٢ التكييف الشرعي لعقود امتياز الإنشاء:

يختلف التكييف الشرعي لعقود امتياز الإنشاء بحسب ما يأتي:

٦/٢/١ إذا كان التزام الحاصل على امتياز الإنشاء شاملاً للعمل الإنشائي وتقديم المواد، فالعقد استصناع، وهذه هي الصورة الغالبة، **وثمنه انتفاع صاحب الامتياز بالمشروع لمدة محددة قبل تسليمه للدولة.**

٦/٢/٢ إذا كان المشروع منشأ على أرض مستأجرة للدولة والأجرة تسليم المشروع إليها بعد مدة معينة، فإنها إجارة للأرض، **والأجرة هي المشروع نفسه المسلم في الأجل المتفق عليه.**

٦/٣ التكييف الشرعي للمقابل عن عملية الإنشاء:

٦/٣/١ في الحالة التي يتم فيها تحديد ثمن إقامة المشروع باستغلاله، فالعقد من قبيل الاستصناع بثمن يمثل في الانتفاع بالمصنوع مدة معلومة قبل تسليمه المستصنع.

٦/٣/٢ في الحالة التي يتم فيها تحديد ثمن إقامة المشروع بمبلغ

مالي محدد، يترك المشروع في حيازة صاحب الامتياز مدة محددة على سبيل التوثق لحقه في الحصول على الثمن من عوض منافع المشروع، مع حقه في المقاصة بين الثمن وعوض المنافع، فإذا حصل على الثمن قبل نهاية المدة رد المشروع لمالكه، وإن لم يحصل على الثمن في هذه المدة بقي حق التوثق حتى يستوفي الثمن[1].

* * *

---

(١) المعايير الشرعية ـ هيئة المحاسبة، ص ٢٥٦.

الفصل الثالث

الخصائص المشتركة بين الوقف والـ B.O.T ونماذج من عقود وتصرفات شرعية تشابه نموذج الـ B.O.T

أولاً: الخصائص المشتركة بين الوقف والـ B.O.T:

هناك عناصر أو صفات مشتركة بين الوقف والـ B.O.T تتمثل في الآتي:

١. الاستمرارية والتأبيد:

كما هو معلوم فإن جمهور الفقهاء وأبو يوسف ومحمد بن الحسن يقولون بأن مقتضى عقد الوقف الدوام والاستمرار، وهذا من ضمن الأسباب التي منحته الشخصية الاعتبارية من حيث الحقوق والالتزامات، وأهم نتيجة تطبيقية لهذه الخاصية هي أن أول مصرف من مصارف غلة الوقف شرعاً هو الإنفاق على عمارته أو صيانته حتى يستمر في تقديم الخدمات أو في توليد الدخل مستقبلاً، وهذه الأولوية يجب الالتزام بها سواء اشترطها الواقف أو لم يشترطها(١).

فإذا ما نظرنا إلى الـ B.O.T نجد أن معظم إن لم يكن كل مشروعاتها عبارة عن مشروعات طويلة الأجل تستمر لسنوات طويلة تدر عائداً للممولين ثم لا بد أن تسلم بعد ذلك مصانة تماماً وقابلة للاستمرار وجريان الدخل المتوقع منها لصالح المستفيدين بما يشبه التأييد والدوام.

---

(١) انظر: أنس الزرقا: الوسائل الحديثة للتمويل والاستثمار للوقف وقائع ندوة ١٦ إدارة وتنمية ممتلكات الأوقاف ـ البنك الاسلامي للتنمية ـ المعهد الاسلامي للتدريب والبحوث، ص ١٨٤.

٢. الحاجة إلى السيولة:

إن إحدى الخصائص البارزة في الأموال الوقفية هي أنها قليلة السيولة. لأن أكثرها عبارة عن عقارات بينما يتطلب استثمار أي مشروع منتج عناصر وعوامل الإنتاج من رأس المال والعمل والمواد الخام والنفقات الجارية الأخرى، وحتى استثمار عقار معين عن طريق الإيجار وهي أبسط صورة فإنه يتطلب أعمالاً تستلزم إنفاقاً نقدياً من صيانة ومتابعة المستأجرين ومصروفات التعاقد معهم، وتعظم الحاجة إلى السيولة كلما تعقد شكل الاستثمار كأن يراد استثمار الأراضي الوقفية عقارية أم زراعية، للبناء فوقها أو لزراعتها إذن فلا مناص من لجوء الأوقاف إلى الأطراف الممولة لتغطية الحاجة إلى السيولة.

كذلك الحال في مشروعات الـ B.O.T بكل أشكالها وأنواعها فكما أشرنا سابقاً فإنها تأتي لتغطية جانب النقص في قدرة الأطراف المعنية على تمويل إنشاء وصيانة المرافق الأساسية حيث إن القطاع الخاص محلياً أو أجنبياً سوف يتكفل بتمويل التمويل ويستوفي تكلفته وأرباحه لاحقاً من التدفقات النقدية للمشروع.

٣. الحاجة إلى الإدارة المتخصصة ذات الكفاءة:

إذا أرادت الأوقاف ان تدخل في أي مشروع استثماري ستجد نفسها تفتقر إلى عنصر الإدارة أي إلى عنصر تشغيل المشروعات والإشراف عليها من أجل تنفيذ المشروعات بكفاءة، وهذا ما دعى المهتمين بأمر تطوير الأوقاف إلى تصميم عدة نماذج لإدارة واستثمار ممتلكات الأوقاف بعيداً عن الإدارة البيروقراطية للحكومات.

وهو نفس السيناريو الذي دعا للمناداة بتخصيص المشروعات وإدارتها بعيداً عن الإشراف البيروقراطي عن طريق استحداث نظام الـ B.O.T، ولقد برع القائمون على أمر الـ B.O.T في إقامة نموذج إداري متميز يمكن للأوقاف أن تستفيد منه عن طريق شبكة إشرافية تتدرج من متعهد المشروع وشركة المشروع إلى المقاول والمشغل Operator وهي الشركة التي تتولى مسؤولية التشغيل التجاري للمشروع وإدارته بالإضافة

إلى الاستشاريين في مجالات التمويل والتشريع والهندسة والتأمين ... الخ.

تلك كانت باختصار أهم الخصائص المشتركة بين الوقف والـ B.O.T أو لنقل أهم الخصائص في أسلوب الـ B.O.T التي تصلح كمتطلبات تتكفل باستثمار الأموال الوقفية بشكل معاصر وذي كفاءة عالية.

ثانياً: نماذج من عقود وتصرفات شرعية تشابه نموذج الـ B.O.T:

حفل التاريخ الإسلامي ببعض التطبيقات التي تتشابه في ملامحها العامة مع فكرة الـ B.O.T وقبل التعرض لهذه النماذج أود أن أشير إلى آراء فقهية صدرت قبل القرن الخامس الهجري تشير بصراحة ووضوح إلى عقد الـ B.O.T وهذه هي بعض النصوص:

المذهب المالكي: (قال ابن القاسم في رجل قال لرجل أعني عرصتك هذه أبنيها بعشرة دنانير أو بما دخل فيها على أن أسكنها في كل سنة بدينار حتى أو في ما غرمت فيها وأصلحت، قال: إن سمى عدة ما يبنيها به وما يكون عليه في كل سنة فذلك جائز، وإن لم يسم فلا خير فيه)[1].

كما جاء في فقه السلف: (حدثنا أبو بكر قال: حدثنا محمد بن أبي عدي عن ابن عون قال: كان محمد يكره أن يستأجر العرصة، فيبني فيها من أجرها)[2].

(١) المنتجات والأدوات المالية في الفقه الإسلامي ـ المعهد الإسلامي للبحوث (٦٩٦) الإجارة بالبناء B.O.T ص ٣٤٩ (لم ينشر)؛ انظر كتاب البيان والتحصيل لأبي الوليد ابن رشد القرطبي، ص ٤٦١، الجزء الثامن، كتاب الجعل والإجارة.

(٢) المنتجات والأدوات المالية في الفقه الإسلامي ـ المعهد الإسلامي للبحوث (١٤٢) المستأجر يعمر العقار من الإيجار (لم ينشر)؛ انظر كتاب المصنف لأبي بكر بن عبد الله أبن أبي شيبة، ص ٧٤٧، الجزء السابع، باب في الرجل يستأجر الدار وغيرها.

الفقه الشافعي: (ولو أن رجلاً اكترى من رجل أرضاً بيضاً ليزرعها شجراً قائماً على أن له الشجر وأرضه، وكان في الشجر ثمر بالغ أو غض أو لم يكن فيه، كان هذا كراء جائزاً كما يكون بيعاً جائزاً. قال الربيع: يريد أن لصاحب الأرض البيضاء الشجر وأرض الشجر)[1].

أما التطبيقات التي وددت الإشارة إليها فهي:

١) حق الحكر[2]:

الحكر، هو الاستحكار لأرض الوقف العاطلة، وهو عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء أو الغراس أو لأحدهما لمدة مديدة تعقد بإذن القاضي ويدفع فيها المحتكر لجانب الوقف مبلغاً معجلاً من المال يقارب قيمة الأرض، ويرتب مبلغاً ضئيلاً آخراً يستوفى سنوياً لجهة الوقف من المستحكر أو ممن ينتقل إليه هذا الحق، على أن يكون للمستحكر حق الغرس أو البناء وسائر حقوق الانتفاع، وحقه هذا قابل للبيع والشراء وينتقل إلى ورثته بالموت.

وهناك أدلة تاريخية على أن الحكر كان معروفاً منذ منتصف القرن الثالث الهجري، وتوجد عناصر شبه أساسية بين الحكر والبوت كما توجد اختلافات تفصيلية لا تمس جوهر التشابه:

إن فترة العقدين فترة طويلة من الزمن.

يتنازل الوقف خلالها عن حق الانتفاع بمقابل معجل وآخر

---

(١) المنتجات والأدوات المالية في الفقه الإسلامي ـ المعهد الإسلامي للبحوث (١٠٩٩) استئجار الأرض بما يزرع فيها (في معنى البناء والتشغيل ونقل الملكية (لم ينشر)؛ انظر، الأم، الجزء الرابع، ص ٢٢، باب كراء الأرض البيضاء.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ج (٤) ص(٣٩١)؛ مصطفى الزرقا، نظرية الالتزام، ص٤٨ ـ ٤٩؛ مصطفى الزرقا، المدخل لنظرية الخزانة العامة في الفقه الإسلامي؛ الوقف في الفقه الإسلامي، حسن عبد الله الأمين، المرجع السابق ص ١٣٤؛ مصطفى الزرقا المرجع السابق ص ١٩٣.

مؤجل، كذلك في الـ B.O.T تتنازل الجهة مانحة الامتياز عن حق الانتفاع لمدة طويلة بمقابل مؤجل.

هناك عائد دوري قليل دائم وعائد فوري عاجل للوقت مقابل عائد كبير في المستقبل للجهة مانحة الامتياز في الـ B.O.T.

إذن فالخصائص العامة لمقر الحكر لها وجه شبه بخصائص عمليات الـ B.O.T ويمكن الاستئناس بها في تطبيق نموذج الـ B.O.T في استثمار وتطوير أموال الأوقاف.

٢) عقد الإجارتين:

وهي تشبه في الفكرة والخصائص طريقة عقد الحكر، والفرق بينهما: أن البناء والشجر في الحكر ملك المستأجر، لأنهما أنشئا بماله الخاص بعد أن دفع إلى جانب الوقف ما يقارب قيمة الأرض المحتكرة باسم الأجرة المعجلة، أما في عقد الإجارتين فإن البناء والأرض ملك للوقف. لأن عقدهما إنما يرد على عقار مبني مستوهن يجدد ويعمر بالأجرة المعجلة نفسها التي استحقها الوقف.

فإذا ما توسعنا في هذا الاتجاه، وقلنا إنه يرد على الأرض الخالية أو العقار المتهالك معاً خاصة وأن قيمتهما الاقتصادية متقاربة، فإن عقد الإجارتين يصير هو نفسه عقد الـ B.O.T بتخريجه على أساس عقد الإجارة إذا تصبح المنشأة في ملك الوقف أو الجهة مانحة الاعتماد بعد فترة زمنية محددة.

٣) المرصد[١]:

وهو أن يأذن القاضي أو الناظر لمستأجر الوقف بالبناء في أرض الوقف، ليكون ما ينفقه في البناء والتشييد ديناً على الوقف يستوفيه من

(١) انظر: حسن عبد الله الأمين، المرجع السابق ص ١٣٤ ـ ١٣٥.

أجرة الوقف بالتقسيط، ويكون البناء ملكاً للوقف، على أن يكون لصاحبه حق القرار في عقار الوقف ويورث عنه، وحق التنازل عنه لآخر يأخذ دينه عنه ويحل محله في العقار بإذن القاضي أو المتولي[1].

يقول د. حسن الأمين: هذا النوع من وجوه الاستثمار للأوقاف معمول به بكثرة في السودان، ولقد قام به شخصياً بوصفه قاضياً حيث قام بالتعاقد مع أحد المقاولين ليقوم ببناء متاجر ومنزل لإمام المسجد على وقف المسجد على أن يكون له حق القرار على المتاجر بأجرة المثل التي تبدأ بعد اكتمال التشييد.

ولا يخفى هنا التشابه الكبير بين خصائص هذا العقد مع نموذج الـ B.O.T.

وعليه فإن تلك التجارب وهي الحكر، وعقد الإجارتين، والمرصد، توضح أن التاريخ الإسلامي قد سبق في تبنى فكرة الـ B.O.T في إطارها العام وخصائصها التمويلية، وأعطانا نماذج يمكن البناء عليها في الفتوى وفي تطوير الأوقاف وفي التوسع في مفهوم الأوقاف ليتعدى الأوقاف إلى سائر المرافق.

* * *

---

(١) انظر: الزرقا نظرية الالتزام ص ٥١؛ شرح مجلة الأحكام العدلية رستم باز ص ٢٤٧ ـ ٢٤٨.

الخاتمة

من واقع ما أوردناه في هذه الورقة المختصرة وصلنا إلى قناعة مفادها أنه يمكن استخدام الـ B.O.T في تمويل مشروعات الأوقاف بمختلف أنواعها وأشكالها، فإذا افترضنا أن الوقف يمتلك أرضاً فضاء فيمكن أن تعقد الجهة متولية الوقف عقداً وفق ترتيبات الـ B.O.T بأن تقوم جهة ما بتقديم عرض لبناء قطعة الأرض لأي غرض تجاري حسب دراسة جدوى المشروع، وتتكفل تلك الجهة بكل الأعباء التمويلية اللازمة مقابل منحها حق استغلال هذا المشروع لفترة زمنية متفق عليها، تكون كافية لاسترداد أصل التمويل والأرباح المتوقعة، ثم تنتهي فترة الامتياز الممنوحة لتلك الجهة يقوم بعدها بتسليم المشروع مصان ومتجدد وقابل لإدرار وتوليد الدخل إلى الجهة متولية الوقف لتنفق من ذلك الدخل على مختلف أغراض الوقف.

بالطبع هناك الكثير من التفاصيل الفنية والقانونية والتمويلية . . . إلخ تعرضنا لها بالتفصيل وهي لا تمثل أية إشكالات من النواحي الفقهية.

أما التخريج الفقهي لهذه العلاقة فكما أشرنا فيمكن أن تبنى على أساس الاستصناع أو الإجارة أو عقود الامتياز، ولقد سقنا المؤيدات الفقهية في أمهات المراجع الفقهية والفتاوى والتطبيقات المستجدة، أكثر من ذلك أشرنا إلى أن الفقه الإسلامي سبق وبقرون الاتجاه المعاصر لتطبيق مفهوم الـ B.O.T، أشرنا كذلك إلى بعض التطبيقات التي تحمل ملامح نموذج الـ B.O.T.

كل ذلك جعلنا نصل إلى رأي يؤكد على أن الأوقاف مع المحافظة على أحكامها الفقهية المتفق عليها خاصة عدم صحة تمليكها لأي طرف متعاقد معه يمكنها الاستفادة، مما يوفره أسلوب الـ B.O.T من قدرات تمويلية وإدارية وفنية، وسجل نجاحات عملية في مختلف البيئات خدمت الأغراض التجارية والاجتماعية والخيرية.

والأمر كذلك أكثر مرونة من الناحية الفقهية في تمويل المرافق العامة غير الوقفية كمصادر المياه والكهرباء والطرق والجسور إذ يمكن تمليكها ثم استعادة ملكيتها وفق الصيغ الاستثمارية المشار إليها.

* * *

المراجع

١ ـ ابن حزم، المحلى.
٢ ـ ابن القيم ـ إعلام الموقعين.
٣ ـ د. أحمد محيي الدين أحمد، تمويل الاستثمارات التي تنفذ وفقاً لنظام الـ B.O.T، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الاستثمار في السودان، وفقاً لنظام الـ B.O.T، الخرطوم ٢٠٠٣م.
٤ ـ البنك الإسلامي للتنمية، والمؤسسة الإسلامية لتنمية القطاع الخاص، آلية تمويل المشروعات الحكومية واتجاهات المستقبل.
٥ ـ الشيخ تقي العثماني، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية.
٦ ـ تقرير البنك الدولي: الدراسات الاقتصادية الخاصة بمنطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا.
٧ ـ د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية ٢٠٠٢م.
٨ ـ جيهان حسن سيد أحمد، عقود الـ B.O.T.
٩ ـ خالد الدغيثر ـ أسلوب B.O.T سلاح المنافسة الجديدة في صناعة البناء والتشغيل.
١٠ ـ خدمة استشارات الاستثمار الأجنبي، البنك الدولي ٢٠٠٠.
١١ ـ الخرشي على مختصر خليل، دار الفكر.
١٢ ـ الزرقا، المدخل الفقهي.
١٣ ـ السرخسي، المبسوط، دار المعرفة.
١٤ ـ سعود الثبيتي، الاستصناع تعريفه، حكمه، تكييفه، شروطه.
١٥ ـ الشيرازي، المهذب.
١٦ ـ صندوق النقد العربي، جهود ومعوقات التخصيص في الدول العربية ١٩٩٥.
١٧ ـ عبد الرحيم الساعاتي، غازي فلمبان، الشراكة الناجحة لبناء البنية التحتية في الدول النامية.
١٨ ـ عبد الرحيم الساعاتي، خصخصة إدارة وبناء وتشغيل البنية التحتية في السعودية.

١٩ ـ عبد الستار أبو غدة، الإجارة.
٢٠ ـ عبد الله المصلح، الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية.
٢١ ـ عماد الجمل، الجوانب الهندسية والفنية لمشروعات B.O.T بحث مقدم إلى مؤتمر الاستثمار في السودان وفق عقود الـ B.O.T، الخرطوم ٢٠٠٣م.
٢٢ ـ الغرفة التجارية الصناعية جدة، مقومات وشروط إنشاء شركات استثمار كبرى لإقامة وتمويل المشاريع الحكومية وفق صيغة الـ B.O.T ندوة عقود الإنماء للبناء والتمويل والتشغيل.
٢٣ ـ قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي.
٢٤ ـ الكاساني، بدائع الصنائع.
٢٥ ـ الماوردي، الأحكام السلطانية.
٢٦ ـ محمد يوسف موسى، البيوع والعمليات المعاصرة.
٢٧ ـ مقومات وشروط إنشاء شركات استثمارية كبرى لإقامة وتمويل المشاريع الحكومية وفق صيغة B.O.T
٢٨ ـ هاني صلاح سري الدين، دراسة تحليلية لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.O.T، دار النهضة العربية.
٢٩ ـ هنري عزام (مشاركة القطاع الخاص في تمويل مشاريع البينة الأساسية بدول الخليج)، قطاع الإنشاءات في السعودية ـ دور أكبر للقطاع الخاص).
٣٠ ـ وقائع ندوة الاستثمار في المشاريع الحكومية بعقود الإنماء البناء للبناء والتشغيل والتمويل ـ الحرس الوطني السعودية ـ أبريل ٢٠٠٢م.
٣١ ـ وقائع ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الخاص في تمويل المشروعات الاقتصادية ـ جامعة الملك عبد العزيز ـ مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي ١٩٩٩.
٣٢ ـ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته.
٣٣ ـ I.F.C تمويل المشروعات في الدول النامية ١٩٩٩م.
٣٤ ـ المعايير الشرعية ١٤٢٨هـ ـ ٢٠٠٧م
٣٥ ـ الوسائل الحديثة للتمويل والاستثمار للوقف ـ بحث د. أنس الزرقا ندوة ١٦ إدارة وتنمية ممتلكات الأوقاف ـ البنك الإسلامي للتنمية.
٣٦ ـ نظرية الالتزام، د. أنس الزرقا.
٣٧ ـ مجلة الأحكام العدلية.

* * *

تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة
(B.O.T)
في تعمير المرافق العامة والأوقاف

إعداد
الشيخ خالد بن سعود بن عبد الله الرشود
القاضي بديوان المظالم بجدة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدّمة

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

فإن من أعظم القرب، وأجل الأعمال، الاشتغال بالعلم الشرعي، الذي هو أصل العلوم وأجلها، ومن مهمات العلم الشرعي الفقه في الدين، وبيان الحلال والحرام، القائم على الدليل الصحيح، والظن الغالب والاجتهاد التام، في المسائل الحادثة والنوازل المستجدة.

ومن هذه النوازل الجديدة، والعقود المستحدثة: عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T)، وبعد عرض الموضوع من أمانة المجمع أحببت المشاركة فيه، لما له من الأهمية في وقتنا الحاضر بالنسبة للحكومات الإسلامية أو الهيئات الوقفية أو حتى الأفراد، وتتركز أهميته في جانبين:

الأول: أن الواجب على الحكومات هو إنشاء المرافق الخدمية العامة لمواطنيها كما سيأتي. وأما بالنسبة إلى الوقف فإن الواجب أيضاً ضمان استمرار منفعة الوقف واستغلاله وعدم تعطله واندثاره.

الثاني: أن الميزانيات العامة قد لا تكفي في الوفاء بمتطلبات إنشاء هذه المرافق حسب الأولويات المدرجة فيها، كما أن جودة العمل الحكومي ليست مثل جودة العمل الخاص وإتقانه. وأما بالنسبة إلى الوقف فقد لا يوجد ما يكفي لإنشائه أو تعميره، فيكون مصيره التعطل وذهاب منفعته.

من خلال هذين الأمرين يمكن تحديد أهمية هذا العقد في أنه

مخرج للحكومات في التخفيف من الأعباء الملقاة على ميزانياتها مع ضمان انتقال الملكية إليها كما أنه مخرج لنظار الوقف عند خشية تعطله وذهاب منافعه.

وقد قسمت البحث كالتالي:

♦ الفصل الأول: عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وفيه مبحثان:

♦ المبحث الأول: تعريف عقد (B.O.T) وبيان أركانه وخصائصه وأنواعه وسلبياته وإيجابياته وفيه خمسة مطالب:

o المطلب الأول: تعريف عقد (B.O.T) وفيه فرعان:

- الفرع الأول: مصطلح (B.O.T) وتعريفاته.
- الفرع الثاني: نقد التعاريف، والتعريف المختار.

o المطلب الثاني: أركان عقد (B.O.T).

o المطلب الثالث: خصائص عقد (B.O.T).

o المطلب الرابع: العقود المشابهة لعقد (B.O.T).

o المطلب الخامس: إيجابيات وسلبيات هذا العقد:

- الفرع الأول: إيجابيات عقد B.O.T
- الفرع الثاني: سلبيات أو مساوئ عقد B.O.T

♦ المبحث الثاني: تكييف عقد B.O.T من الناحية الشرعية مع بيان حكمه وفيه مطلبان:

o المطلب الأول: آلية العمل بأسلوب الـ (B.O.T).

o المطلب الثاني: تكييف العقد شرعا، وفيه فرعان:

- الفرع الأول: أقوال الفقهاء السابقين في المسألة.
- الفرع الثاني: تكييف عقد البوت بجميع أوصافه المؤثرة.

♦ الفصل الثاني: حكم عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في المرافق العامة والوقف وفيه مبحثان:

- ♦ المبحث الأول: حكم عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في المرافق العامة وفيه ثلاثة مطالب:
- o المطلب الأول: الأصل في تصرفات ولي أمر المسلمين وواجباته.
- o المطلب الثاني: أعمال ولي الأمر الواجبة عليه تجاه رعيته.
- o المطلب الثالث: حكم بناء المرافق العامة عن طريق عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T).
- o المبحث الثاني: حكم عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف، وفيه ثلاثة مطالب:
- o المطلب الأول: تعريف الوقف.
- o المطلب الثاني: شروط الوقف.
- ♦ المبحث الثاني: حكم تعمير الوقف بعقد (B.O.T):

وقد حاولت الاختصار قدر الإمكان مع عدم الإخلال، بالرغم من قلة الدراسات السابقة لهذه الصورة المستحدثة من العقود، ويبقى هذا البحث جهد مقل وخطوة في أول الطريق في الاجتهاد في هذا الباب.

سائلاً الله تعالى المزيد من توفيقه وتسديده لما فيه من الصواب، والعفو عن الخطأ والإغراب إنه سميع قريب الجواب، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

وكتبه:

خالد بن سعود الرشود

* * *

الفصل الأول:
عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T)
وفيه مبحثان:

المبحث الأول:
تعريف عقد (B.O.T) وبيان أركانه
وخصائصه وأنواعه وسلبياته وإيجابياته

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول:
تعريف عقد (B.O.T) وفيه فرعان:

الفرع الأول
مصطلح (B.O.T) وتعريفاته

تمثل عقود (B.O.T) صوراً جديدة ومستحدثة من العقود الإدارية وتستهدف القيام بمشاريع ضخمة يعهد بها إلى إحدى الشركات للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص مدة من الزمن، على أن تلتزم بنقل ملكيتها إلى الطرف الآخر سواء كان الدولة أو شخصاً معنوياً أو حقيقياً. وهذا الاصطلاح هو اختصار لثلاث كلمات إنجليزية هي: البناء (build) والتشغيل (operate) ونقل الملكية (transfer) ويقابلها بالفرنسية مصطلح (c.e.f).

وعرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي (الأنيسترال): بأنه شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما، لفترة من الزمن، أحد الاتحادات المالية، ويدعى «شركة المشروع «امتيازاً لتنفيذ مشروع معين وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات فتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع، واستثماره تجارياً، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة[1].

---

(١) عقد B.O.T لإلياس ناصيف ص٨١ ـ ٨٢.

وعرفته منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (unido): بأنه اتفاق تعاقدي يتولى بمقتضاه أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق . . .لتمكين ذلك الشخص من استرجاع الأموال التي استثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار، وفي نهاية المدة يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخص جديد يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة[(١)].

الفرع الثاني
نقد التعاريف والتعريف المختار

يتضح من هذه التعاريف أنها تعبير عن مفهوم هذا العقد ولا تدخل في نطاق التعاريف الجامعة المانعة، وأهم ما يلحظ على هذه التعاريف ما يلي:

١ ـ الطول الذي ينافي صيغة التعاريف التي يجب أن تتميز بالإيجاز والتحديد. ويظهر هذا جلياً في التعريف الأخير.

٢ ـ أن التعريف الأول عرفه بأنه شكل من أشكال التمويل، بينما عرفه التعريف الآخر بأنه اتفاق تعاقدي فالتعريف الأول نظر إلى العقد باعتبار نتائجه، والتعريف الآخر نظر إلى العقد باعتبار بدايته، ونتائج الشيء ليست من ماهيته، كما أن تعريف العقد بأنه اتفاق تعاقدي فيه دور يخل بالحدود، ولو اقتصر على عبارة اتفاق كان أولى.

٣ ـ يلحظ على التعريف الأول أنه جعل عقد البوت منحة من الحكومة

(١) دليل منظمة اليونيدو ص٢٨٨.

والمنحة مرادفة للهبة، التي تخالف مبدأ المعاوضات، ولا خلاف في أن عقد البوت من عقود المعاوضات، واختيار الحكومة للمتعاقد من متعدد لا يخرجه عن كونه عقداً من عقود المعاوضات.

٤ ـ يلحظ على هذه التعاريف أنها جعلت عقد البوت خاصاً بالمشاريع الحكومية فقط، وهذا صحيح من جهة أن أصل نشأة هذه العقود هو لأجل هذا الغرض، ولكن في الآونة الأخيرة تم التوسع في هذا النوع من العقود حتى صار للأشخاص المعنويين بل للأفراد نصيب منه.

٥ ـ نص التعريف الأول على ملكية الطرف المتعاقد مع الحكومة للمشروع إلى نهاية المدة، وهذا غير صحيح ـ كما سيأتي ـ بل إن ملكيته هي للحكومة وكلمة transfer هي لنقل إدارة المشروع ـ لا ملكيته ـ للحكومة أو إلى من تختاره.

التعريف المختار أن عقد (B.O.T) هو: ـ اتفاق بين طرفين أحدهما يملك الأرض والآخر يقوم بتنفيذ وتشغيل مشروع لصالح مالك الأرض على أن له الانتفاع بذلك مدة محددة.

المطلب الثاني
أركان عقد (B.O.T)

لم أجد من تكلم عن أركان هذا العقد ولكن الذي توصلت إليه أن عقد (B.O.T) لابد فيه من أربعة أركان: (الأول) العاقدان: وهما طرفا العقد فالأول هو الجهة المالكة لمحل إقامة المشروع سواء كان الحكومة أو الناظر على الوقف أو أي شخصية سواء كانت حقيقية أو معنوية. والثاني: هو الجهة التي تقوم ببناء المشروع وتشغيله والاستفادة من ريعه مدة العقد وتسمى «مدير المشروع».

الثاني: الأرض محل المشروع.

الثالث: المشروع: وهو الإنشاءات المحددة في العقد.

الرابع: الصيغة: هي الألفاظ التي يصاغ بها العقد متضمنة، بيان أركانه وشروطه والتزامات كل طرف وحقوقه.بعضهم يجعل كون المشروع يدر دخلا، أمرا داخلا في حقيقة العقد، وهذا له وجهه لأن العقد في أصله استثماري من جهة مدير المشروع وإن كان تمويلياً من جهة الحكومة.

المطلب الثالث
خصائص عقد (B.O.T)

تتميز مشروعات B.O.T بعدد من الخصائص منها:

١ ـ أنه عقد امتيازي: وذلك لأن الحكومة تختار شركة من القطاع الخاص فتعطيها امتيازاً تتولى بموجبه إقامة أحد مشاريع البنية التحتية بجميع مراحله من تصميم وتمويل وإنشاء وتشغيل خلال فترة زمنية معينة هي مدة الامتياز، وتتقاضى من الجمهور رسوماً إذا استفادوا من خدمة المشروع خلال هذا المدة.

٢ ـ بعد انتهاء فترة الامتياز تقوم الشركة المستثمرة بنقل إدارة المشروع للحكومة، ويتعين أن تكون فترة الامتياز طويلة ـ نسبياً ـ بقدر يكفي لتغطية رأس المال المستثمر في المشروع ويحقق معدل ربح أو عائد مناسب للشركة.

٣ ـ كبر حجم الاستثمارات المطلوبة في هذه العقود، ويترتب على هذه الخصيصة عدم قدرة المستثمر الفرد على تمويل الكثير من هذه المشروعات، الأمر الذي دعا المستثمرين في هذه المشروعات إلى ضرورة تكوين اتحاد مالي (كونستوتيورم) مكون من القطاع الخاص، البنوك، ومؤسسات مالية أخرى لتمويل هذه المشروعات.

٤ ـ عمومية الانتفاع بالخدمات التي تقدمها مشاريع هذه العقود،

وذلك يرجع لكبر عدد المستهلكين للخدمات التي تقدمها هذه المشروعات، وتنوع مستويات دخولهم.

٥ ـ كثير من هذه الخدمات ـ التي تقدمها هذه المشروعات ـ ضرورية للمستهلك مثل الكهرباء، الطرق، الجسور، المياه، وغيرها مما يخلق ضغطاً على هذه المشروعات.

٦ ـ الحاجة لتدخل الحكومة في بعض الأحيان لضمان استمرار هذه المشروعات.

٧ ـ تسد الحاجة للخبرات المهنية سواء في عمليات الإنشاء أو التصميم أو الإدارة.

٨ ـ تنوع المخاطر التي تتعرض لها هذه المشروعات وتعددها، حيث يختلف التمويل لها من قروض طويلة، متوسطة، قصيرة الأجل مع وجود فوائد على تلك القروض بعوائد ثابتة أو متغيرة، أو عن طريق مساهمات مباشرة أو أسهم بغرض المتاجرة تتضمن طلب الحصول على أرباح منتظمة تشكل عبئاً على مدير المشروع.

٩ ـ اشتراك عدد كبير من الأطراف في منظومة هذا العقد سواء كان بالمباشرة أو بالارتباط المباشر (الحكومة ـ شركاء المشروع ـ المقرضون ـ شركات البناء والمقاولات ـ موردو المعدات ـ مستثمرو رأس المال ـ الجهات المشترية لمنتجات المشروع ـ مستخدمو تلك المنتجات).

١٠ ـ بموجب هذا العقد لا تضمن حكومة البلد المضيف تسديد أي قروض لتنفيذ المشروع، وإنما يتوقف سداد هذه القروض على العوائد التي يدرها المشروع.

١١ ـ لا تتم هذه العقود إلا في مناخ استثماري صحي، خال من التعقيد والبيورقراطية والفساد الإداري؛ لذا يتعين على الحكومة المضيفة أن تضع قاعدة سياسية مستقرة وتهيئ مناخاً قانونياً مواتياً لقيام القطاع الخاص باستثمارات كبيرة على المدى الطويل ويتمثل ذلك في إصدار الموافقات والتصاريح الإدارية المطلوبة بسهولة

ويسر بعيداً عن البيروقراطية مع توخي العدالة والموضوعية[1].

١٢ ـ ثبوت حق الجهة الإدارية في الإشراف والرقابة طوال مرحلتي التشييد والاستغلال.

١٣ ـ ملكية المشروع تظل ثابتة للجهة الإدارية[2].

١٤ ـ يحقق الاستثمار بهذا الأسلوب أرباحاً مرتفعة للقطاع الخاص، فقد أوضحت عدّة دراسات تطبيقية أن الاستثمار في مشاريع البنية التحتية يحقق عوائد مرتفعة قد تصل في بعض الحالات إلى ٩٦٪. ويعرض الجدول التالي نتائج بعض الدراسات التي تمت في هذا المجال.

معدّل العائد الضمني للاستثمار في مشاريع البنية التحتية وفقاً لعدد من الدراسات:

عينة الدراسة	معدل العائد الضمني ٪	سنة الدراسة	مؤلف الدراسة
الولايات المتحدة الأمريكية	٦٠٪	١٩٩٠	مونيل
مناطق اليابان	٩٦٪	١٩٩٣	ميرا
مناطق فرنسا	١٢٪	١٩٩٣	برودوم
تايوان، الصين	٧٧٪	١٩٩٣	أوشيمور، وغالو
كوريا	٥١٪	١٩٩٣	أوشيمور، وغالو
بلدان متعددة، نامية	٩٥٪	١٩٩٣	كاننغ، وفاي

(١) انظر: دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع B.O.T الإسكندرية، الدار الجامعية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠ ـ ٢٠٠١م لعبد القادر محمد عبد القادر عطية ص٦٣٤ ـ ٦٤٦ ـ ٦٦٣، للاستزادة طالع الرابط التالي في شبكة الانترنت:
http://www.iqtissadiya.com/archives_detail.asp?Id18852&issae=291&catcgory=Locali.

(٢) عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T دراسة في إطار القانون الدولي الخاص دكتور/محمد الروبي.

المصدر: البنك الدولي، تقرير عن التنمية في العالم ١٩٩٤م، البنية الأساسية من أجل التنمية، ص٢٦.

المطلب الرابع
العقود المشابهة لعقد B. O. T

لقد تم تطوير صيغ أو أنواع أو أشكال - على اختلاف بين الباحثين - عديدة مشابهة لعقد B. O. T من أجل مساهمة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية ومن هذه العقود:

١ - عقود B.O.O.T عقود البناء - التمليك - التشغيل - التحويل وهي عادة ما تتيح للمستثمرين بناء المشروع وتملكه بواسطة شركة مؤقتة، تكفل له سهولة تشغيله وصيانته، تُمَثَّل فيها الحكومة، وتتولى - الحكومة - الإشراف على التأسيس والتشغيل خلال فترة الامتياز، وبعد انتهاء هذه الفترة، يصبح المشروع ملكية عامة للدولة ومن ثم تنتهي شركة الامتياز قانوناً.

٢ - عقود B.O.L.T بناء التملك المرحلي - التأجير التمويلي - والتمويل، وهذا النوع مصمم لإنشاء المشروعات التي تحتاج إلى آلات ومعدات رأسمالية؛ لتشغيلها كما تصلح في حال كانت الشركة المشرفة على المشروع غير قادرة على تشغيله فتقوم بتأجيره لشركة أخرى لتشغيله وإدارته خلال فترة الامتياز، أو تقوم الحكومة بتأجير المشروع مقابل حق الانتفاع وعائد تحصل عليه.

٣ - عقود B.O.O بناء - تملك - تشغيل: عبارة عن شراكة بين الحكومة والقطاع الخاص، بواسطة شركة امتياز، تتولى الإشراف على التشغيل، ولا ينتهي هذا النوع بالتحول إلى الملكية العامة، ولكن يتم تجديد الامتياز أو انتهاء العمر الافتراضي للمشروع «حقول النفط - المناجم».

٤ ـ عقود B.R.T بناء ـ تأجير ـ تحويل: هذا النوع من المشروعات له طبيعة خاصة مستمدة من خصوصية المنفعة المحققة للجمهور، وترتبط هذه الخصوصية بالمكان العائد المتولد عنه؛ إذ يستند المشروع إلى قابليته للتأجير «الموانئ ـ المطاعم النهرية ـ الطرق السريعة».

٥ ـ عقود D.B.F.O تصميم ـ بناء ـ تمويل ـ امتلاك: طبقاً لهذا النوع تتفق الإدارة مع المستثمر على إقامة مشروع بنية أساسية، وفقاً للشروط الفنية والتصميمات التي تضعها الحكومة بواسطة أجهزتها الاستشارية، ويتولى المتعاقد «المستثمر» الإنفاق على إقامة المشروع وتأسيسه كما يقوم بالبحث عن مصادر التمويل للمشروع وفقاً للضوابط التي تضعها له الدولة وتحت إشرافها وتنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة بعد انتهاء مدة العقد حيث إن الحكومة تحصل على مقابل الأرض وعلى قيمة محددة نسبياً من الإيرادات مقابل فتح الامتياز للمستثمر، ويحق للحكومة تجديد العقد أو منح تشغيل المشروع لمستثمر آخر بشروط أفضل مع دفع التعويض المناسب للمستثمر «مالك المشروع».

٦ ـ عقود M.O.O.T تحديث ـ امتلاك ـ تشغيل ـ تحويل: يقصد بهذا النوع من العقود أن يتعهد المستثمر تحديث أحد المرافق العامة أو أحد المشروعات الأساسية وتطويره لتكنولوجيا المشروع وفقاً لأحدث المستويات العالمية ويصبح مالكاً مؤقتاً للمشروع ويتولى تشغيله خلال فترة الامتياز من قبله مباشرة أو عن طريق الغير وفي نهاية الامتياز تؤول ملكيته للدولة.

٧ ـ هناك أنواع أخرى من العقود مثل (B.L.T) بناء ـ تأجير ـ تحويل، (B.O.O.S) بناء ـ امتلاك ـ تشغيل ـ بيع عند نهاية فترة الامتياز تدفع الدولة القيمة المتبقية. (B.O.T.T) بناء ـ تشغيل ـ تدريب ـ تحويل، هنا المستثمر مطالب بتوفير التدريب للكوادر الوطنية قبل التنازل عن التجهيزات «ينطبق أساساً على الدولة النامية». (D.B.O) حيث يقوم المستثمر بشراء الأصول المملوكة للدولة من

خلال عقد امتياز، ثم يقوم ببنائه مرة أخرى وتشغيله لحسابه من خلال مدة العقد ويمتلكه ملكية نهائية.

إن لمجموع هذه العقود هدفاً مشتركاً، ألا وهو قيام القطاع الخاص بتولي مهام تمويل واستثمار أملاك الدول ذات الطبيعة الاقتصادية. ويعد عقد B.O.T هو الأكثر شيوعاً بين هذه العقود من الناحية العملية من حيث «الحقوق ـ الالتزامات»؛ لكون عقد الاستثمار عقداً يخضع للقوانين المنظمة للاستثمار، فإن ذلك يترتب عليه العديد من الالتزامات وينتج كذلك عنه للمستثمر حقوق استقلال أثناء فترة الامتياز(١).

المطلب الخامس
إيجابيات وسلبيات هذا العقد

الفرع الأول
إيجابيات عقد B.O.T

يمكن تحديد إيجابيات هذا العقد في عناصر كثيرة، فأذكر منها على سبيل العد لا الحصر:

١ ـ تمكين الدولة من توفير الخدمات المختلفة الضرورية اللازمة والتي لا يمكن الاستغناء عنها، والتي يصعب إقامتها بالموارد المحلية الحكومية.

٢ ـ يساعد الدولة على توجيه مواردها العامة إلى القطاعات الاستراتيجية التي يعجز القطاع الخاص عن تنفيذها.

٣ ـ المساهمة في كبح جماح الركود الاقتصادي والقضاء على البطالة والحد من التضخم، وذلك لأنه من المعلوم أن مشاريع البنية التحتية تتصف في الغالب بكونها مستهلِكة

---

(١) انظر عقد B.O.T لإلياس ناصيف ص٨١ ـ ٨٢.

للعملات الأجنبية وبكونها غير منتجة لها بصورة مباشرة نظراً لصعوبة تصدير منتجاتها. ومن ثم فإن تمويل مشاريع البنية التحتية بأسلوب B.O.T قد يقلل من الاقتراض الحكومي ويساعد على التخفيف من الدين العام وبالتالي يقلل من معدلات التضخم والبطالة، خاصة إذا تم تشغيل عمالة محلية في هذه المشاريع.

٤ ـ رفع الطاقة التوظيفية والتشغيلية للاقتصاد الوطني. وتخفيض ضغوط الاقتراض (المحلي ـ الخارجي).

٥ ـ يسمح نظام الاستثمار وفق B.O.T بنقل وتوزيع المخاطر المالية والصناعية وغيرها من الحكومة إليه.

٦ ـ إمكانية استفادة القطاع الحكومي من خبرات القطاع الخاص في إدارة وتشغيل هذه المشروعات، وبالتالي إعطاء النموذج الأفضل الذي تسترشد به المشروعات الحكومية.

٧ ـ إن زيادة إشراك القطاع الخاص في إدارة مشروعات البنية الأساسية، يسمح بزيادة الاعتماد على منظومة الإدارة والمتابعة السريعة عن قرب، ما يؤدي إلى تفعيل القدرات وتوظيف الإمكانيات والارتقاء بالمهارات.

٨ ـ إن زيادة الاستثمار الممول من الخارج ـ القطاع الخاص ـ يؤدي مستقبلاً إلى توفير عناصر جذب مؤثرة لتنمية هذه الاستثمارات، من حيث تحسين البيئة، مناخ الاستثمار، تنمية الوعي الاستثماري، زيادة الإحساس بعوائد وفوائد الاستثمار.

٩ ـ إمكانية استخدام الحكومة لناتج وأداء هذا النظام لتحسين صورتها وأدائها الداخلي والخارجي وذلك لوجود الاقتناع الجماهيري بهذه المشاريع.

١٠ ـ تقديم خدمة عامة أساسية، وسد حاجة للمواطن بإتاحة هذه الخدمة العامة للجمهور.

١١ ـ تخفيف العبء عن كاهل الدولة بإتاحة الفرصة للقطاع الخاص (المحلي أو الأجنبي) في المشاركة في بناء المرافق الأساسية، الأمر الذي يساهم في توفير الموارد على الحكومة.

١٢ ـ الحصول على التقنية المتطورة والحديثة اللازمة لتشييد تلك المستودعات والمرافق التي قد لا تتوافر محلياً، بل ينقلها المستثمر الأجنبي المالك لتلك التقنية الحديثة والذي يتمتع بالخبرة الطويلة العالمية في تشييد وبناء مثل هذه المشاريع والمرافق.

١٣ ـ إن تنفيذ المشاريع بأسلوب B.O.T من شأنه أن يجنب مساوئ الخصخصة باعتبار أن ملكية ـ منفعة ـ المرفق المنفذ وفق نظام B.O.T سينتقل للدولة مستقبلاً[1].

الفرع الثاني
سلبيات أو مساوئ عقد B.O.T

لهذا العقد بشكل عام سلبيات أو مساوئ يمكن تلخيصها في ما يلي:

١ ـ الضغط على السيولة المتاحة في السوق المحلي، وترحيل عائدات الاستثمار إلى خارج الدولة المضيفة، وذلك بأن يقوم المستثمر بتمويل المشروع داخلياً عن طريق البنوك المحلية ـ دون أن يقوم بضخ أمواله في السوق المحلي ـ ويقوم بسداد هذه البنوك من عائدات الاستثمار ثم يرحل الأرباح إلى الخارج، فينتج عنه استهلاك قدر كبير من السيولة المتاحة في السوق المحلي، مما يؤدي إلى حالة من الانكماش الاقتصادي.

(١) انظر عقد B.O.T لإلياس ناصيف ص١٤٥ ـ ١٥٢، ودراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع B.O.T لعبد القادر محمد عبد القادر عطية، الدار الجامعية، الطبعة الثانية، الإسكندرية ٢٠٠٠ ـ ٢٠٠١م، ص ٦٤٦ ـ ٦٤٧، وتقرير البنك الدولي عن التنمية في العالم ١٩٩٤، ص١١٤ ـ ١١٥.

٢ ـ قد تبالغ الشركة صاحبة الامتياز في زيادة تكاليف الخدمة المنتجة، أو زيادة احتساب تكاليف التمويل عما هو متاح في الحالات العادية فينعكس ذلك على أسعار الخدمة مما يمثل عبئاً إضافياً على المستهلكين.

٣ ـ قد تلتزم الدولة شراء الإنتاج بموجب العقد، الذي يلزم الدولة بالدفع على أساس الأسعار التي ترتفع مع مرور الزمن، ومع الوقت ومدة العقد الطويلة، ترتفع كلفة هذه المشاريع على الدولة.

٤ ـ عادة ما ترتبط عقود B.O.T بشروط الاحتكار، التي تلتزم بها الدولة إذ تشترط شركة المشروع على الدولة، تأمين الاحتكار حتى تضمن سيطرتها على السوق وضمان عدم منافستها؛ تحقيقا لاسترداد ما أنفقته من أموال، ويترتب على ذلك ما يترتب على الاحتكار من أضرار ومساوئ، وإذا لم يرتبط المشروع باحتكار، تلتزم الدولة بشراء الخدمة التي يقدمها المشروع، وفي كلا الأمرين ضرر.

٥ ـ طول مدة العقد وما قد ينتج عنها من حسنات في مصلحة المستثمر وأضرار بمصلحة الدولة المانحة، فإذا كانت شركة المشروع تلتزم في نهاية مدة العقد بإعادة نقل إدارته إلى الدولة المضيفة، فإن هذه المدة قد تطول كثيراً، كما لو بلغت مثلاً تسعة وتسعين عاماً، والعقد الذي يعقد لمثل هذه المدة يلزم أجيالاً متعاقبة تلتزم بنتائج هذا العقد، وما ينتج عنه من بدائل لمصلحة الملتزم تؤخر استفادة الدولة من المشروع، وتحمل أبناء المجتمع هذه البدائل، وتضر بالمصالح الاقتصادية العائدة للدولة، كما تضر بمصالحها السياسية[1].

---

(١) انظر: دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع B.O.T لعبد القادر محمد عبد القادر عطية ص ٦٤٨، وعقد B.O.T لإلياس ناصيف ص١٥٥ - ١٦٣ بحث بعنوان: خصخصة إدارة وبناء وتشغيل البنية التحتية في المملكة العربية السعودية لعبد الرحيم عبد الحميد الساعاتي ص ١٤، ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي في تمويل المشاريع الاقتصادية، جدة، جامعة الملك عبد العزيز، ٢ ـ ١٤٢٠/٧/٤هـ، ص٤٣.

المبحث الثاني
تكييف عقد B.O.T من الناحية الشرعية مع بيان حكمه

سأقتصر في التكييف الشرعي على هذه الصيغة وهي عقد (B.O.T) دون غيرها من النماذج لسببين: الأول:) أن هذه هي الأشهر بين الصيغ - كما مر بنا -، ولهذا فإن كل الصيغ تشترك معها في كثير من الحيثيات. الثاني: أن الدخول في تلك النماذج على التفصيل قد لا يتسع له مجال هذا البحث. ويندرج تحت هذا المبحث مطلبان:

المطلب الأول
آلية العمل بأسلوب الـ B.O.T

إذا أرادت الحكومة إنشاء مشروع من مشاريع البنية التحتية وترغب في تنفيذه بأسلوب B.O.T تعلن في البداية عن مناقصة تحتوي على الإطار التشريعي والنظامي الذي سيعمل المشروع في نطاقه، وعلى المعايير التي ترغب في تحقيقها، والمتعلقة عادة بالوقت اللازم لتنفيذ المشروع وفترة الامتياز التي ستمنحها للشركة التي ستتعهد بتنفيذه، وتكلفة الخدمة للجمهور.

وبناءً على الإعلان عن هذه المناقصة يجتمع غالباً عدد من المستثمرين والقانونيين والمهندسين وأصحاب المقاولات العالمية والمحلية ليكوّنوا اتحاداً مالياً Consortium يتفقون فيه على نسبة كل منهم في رأس المال «حقوق الملكية أو أسهم المشروع» والتي تشكل عادة من ١٥٪ إلى ٣٠٪ من إجمالي التمويل اللازم للمشروع، ويحددون المصادر الخارجية «البنوك ومؤسسات التمويل» التي سيحصلون منها على القروض، التي تغطي بقية التمويل، والتي تتروح نسبتها بين ٧٠٪ إلى ٨٥٪ من إجمالي التمويل. ثم يقومون بإعداد دراسة جدوى؛ للتأكد من

أن تدفقات إيراداته خلال فترة الامتياز، كافية لتغطية تكاليفه وتحقيق أرباح مجزية لهم. فإذا اتفقوا على تبني المشروع Sponsors يتقدمون بعرضهم وعطائهم للحكومة، فإذا كان هو العرض والعطاء الأفضل ووافقت الحكومة على إرسائه عليهم، يقوم الاتحاد المالي لهذه المجموعة بتأسيس شركة خاصة للمشروع تنتهي بانتهاء فترة امتيازه، وتتولى هذه الشركة تجميع مساهمات الأعضاء، وطلب القروض اللازمة لتغطية إجمالي تمويل المشروع، وتصبح هذه الشركة هي المسؤولة عن سداد القروض، وفوائدها للجهات المقرضة، دون التعرض إلى الأصول المالية الخاصة بأعضاء الاتحاد المالي وبقية المساهمين. كما تتولى هذه الشركة إجراءات التعاقد مع الحكومة لتنفيذ المشروع والتوقيع على الاتفاقات اللازمة التي توضح الحقوق والالتزامات لكل منهما. وتقوم الشركة أيضاً بإجراء كل التعاقدات الخارجية الأخرى اللازمة لتنفيذ المشروع، كالتعاقد مع شركات المقاولات، وموردي الآلات، والأجهزة والمواد الأولية وغيرهم.

وبعد إقامة المشروع تتولى الشركة عملية التشغيل بنفسها، أو قد تتعاقد مع شركة مشغّلة Operator لتتولى عملية التشغيل والصيانة، وتستخدم الإيرادات المتحصلة خلال فترة التشغيل، لتغطية تكاليف التشغيل والصيانة ودفع التزامات التمويل، والإيراد المتبقي بعد ذلك هو الإيراد الصافي أو الربح المتحقق للشركة.

ومن حق الحكومة والدائنين التأكد من أن عملية التشغيل والصيانة، تتم وفقاً للمعايير المتفق عليها سلفاً، وبعد أن تنتهي فترة الامتياز الممنوحة للمشروع يتم تحويل ملكيته ـ منفعته ـ للحكومة. وقد ترى الحكومة أن من المناسب تجديد التعاقد مع الشركة نفسها لتستمر في التشغيل أو قد تَعْهد بالتشغيل لطرف آخر من القطاع الخاص أو قد تتولى التشغيل بنفسها[١].

---

(١) انظر دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع B.O.T لعبد القادر محمد عبد القادر عطية ص ٦٣٥ ـ ٦٣٦و ص ٦٥٣ ـ ٦٥٤،، خصخصة إدارة وبناء وتشغيل البنية التحتية في المملكة العربية السعودية لعبد الرحيم عبد=

المطلب الثاني
تكييف العقد شرعاً

وفيه فرعان:

الفرع الأول
أقوال الفقهاء السابقين في المسألة

١ ـ قال الشافعي: وكل ما جاز لك أن تشتريه على الانفراد جاز لك أن تكتريه على الانفراد والكراء بيع من البيوع وكل ما لم يجز لك أن تشتريه على الانفراد لم يجز لك أن تكتريه على الانفراد، ولو أن رجلاً اكترى من رجل أرضاً بيضاء ليزرعها شجراً قائماً على أن له الشجر وأرضه كان في الشجر ثمر بالغ، أو غض، أو لم يكن فيه كان هذا كراء جائزاً كما يكون بيعاً جائزاً (قال الربيع). يريد أن لصاحب الأرض البيضاء الشجر وأرض الشجر[1] . أي: بعد انتهاء عقد الإجارة تنتقل ملكية الشجر إلى صاحب الأرض. وهذه الصورة التي أجازها الشافعي رحمه الله مقاربة لصورة عقد البوت من جهة عدِّ الأجرة عيناً تسلم بعد انقضاء مدة الإجارة إلا أنها تختلف عنها من جهتين: أ) أن صاحب الأرض في عقد البوت محتاج للبناء وطالبه بخلاف ما ههنا فهذا يغير من نية العاقدين. ب) أن المنتفع بالأرض ـ في المسألة التي ذكرها الإمام الشافعي ـ يدفع ما أقامه من بناء أو شجر كأجرة لانتفاعه بالأرض بينما في عقد البوت فإن صاحب الأرض ومالك البناء يدفع البناء لمن قام ببنائه ليستوفي أجرته من غلته.

= الحميد الساعاتي ص ١٢، ص ١٦، ص ٣٠، أساليب البناء ـ التشغيل ـ الإعادة B.O.T سلاح المنافسة الجديد في صناعة البناء والتشييد، المؤتمر الهندسي السعودي الخامس، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، ١٣ ـ ١٦ ذي القعدة ١٤١٩هـ، بحث لخالد الدغيثر، ص٨٧.

(١) الأم ٤/٢٣.

٢ ـ وقال ابن القاسم في رجل قال لرجل: أعطني عرصتك هذه أبنيها بعشرة دنانير أو بما دخل فيها على أن أسكنها في كل سنة بدينار حتى أوفي ما غرمت فيها وأصلحت. قال: إن سمى عدة ما يبنيها به وما يكون عليه كل سنة فذلك جائز وإن لم يسم فلا خير فيه[1]. وهذه الصورة كالتي قبلها من جهة الاتفاق والاختلاف، لكن هنا اشترط ابن القاسم رحمه الله كون البناء ـ الذي هو أجرة الأرض ـ معلوم مقدار ما يبنيها به محدد في العقد لأن من شروط الإجارة العلم بقدر الأجرة.

الفرع الثاني
تكييف عقد البوت بجميع أوصافه المؤثرة

ولأجل تكييف هذا العقد لا بد أن ننظر له بالصورة المبسطة، بقطع النظر عن ماهية أطرافه، والالتزامات الناشئة عنه على أولئك الأطراف؛ لأن المقصود هو بيان العقد الفقهي، الذي ينزل عليه هذا العقد، ومن ثم يبنى عليه معرفة حكمه من جهة الجواز وعدمه، ومن جهة ضوابطه. وبناءً عليه فإن الناظر في صيغة هذا العقد يجد أنها متضمنة لأمور:

١ ـ طرفين أحدهما مالك الأرض والآخر منتفع بها.

٢ ـ حاجة مالك الأرض إلى البناء أو المشروع: وهذا قيد مهم يحدد إرادة المتعاقدين.

٣ ـ استغلال العامل للمشروع الذي أقامه لصالح الطرف الأول خلال مدة معينة...

٤ ـ بقاء ملكية الأرض وما عليها من بناء خلال مدة العقد لمالكها الأول، فلا يتملكها مدير المشروع بموجب هذه الصيغة (B.O.T). وهذه مسألة محل خلاف بين القانونين ولكن الصواب هو بقاؤها لصاحبها، وأن طول مدة استغلال العامل للأرض لا يؤثر في هذه

(١) البيان والتحصيل لابن رشد ٤٦١/٨.

الملكية[1]. بدليل عدم صحة أي تصرف ناقل للملكية يقوم به العامل ولا يصح منه أي تصرف يدل على الملكية كالتأجير وغيره، وهذا ظاهر، عند أهل القانون ولا أعلم خلافاً عنهم في عدم صحة تصرف مدير المشروع بنقل ملكيته أو أي تصرف آخر يغير فيه ما لم يكن مأذوناً فيه من قبل مالك الأرض في العقد، وتعبير بعضهم بلفظ نقل الملكية هو تجوز لفظي يعنون به نقل إدارة المشروع، ورفع وكف يد مدير المشروع عنه بعد أن كانت مبسوطة عليه.

٤ - انتقال إدارة البناء الذي أقامه مدير المشروع إلى مالك الأرض بعد انقضاء مدة المشروع.ويجري تسليم البناء لمالك الأرض، الذي قد يقوم بتشغيل المشروع أو يعهد بتشغيله للعامل السابق أو إلى شخص معنوي آخر.

فيتضح من هذا العقد أنه اشتمل على عين موصوفة في الذمة وهو المشروع المراد إنشاؤه، كما اشتمل على عمل معين، كما اشتمل على إعطاء حق للعامل باستغلال المشروع فترة من الزمن لأجل استيفاء تكاليف البناء الذي أقامه وأرباحه. فهو في الواقع طلب مالك الأرض إقامة بناء عليها من قبل طرف آخر مع تحمله لتكاليف البناء والعمل، وله حق استغلال المشروع واستيفاء تكاليفه وأرباحه منه، وكلا العوضين مؤجل، فهذا من قبيل الاستصناع. وقد سبق بحث الاستصناع في مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة بالمملكة العربية السعودية في دورته السابعة وأصدر قراره رقم ٦٥ (٣/٧) بشأنه الذي نص على ما يلي:

أولاً: أن عقد الاستصناع: هو عقد وارد على العمل في الذمة ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

---

(١) انظر: عقد امتياز المرفق العام B.O.T لإبراهيم الشهاوي ص٦٠ ط٢٠٠٣.

أ ـ بيان جنس المستصنع وقدره وأوصافه المطلوبة.

ب ـ أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً : يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله ـ كما في حال عقد البناء والتشغيل والإعادة ـ أو تقسيطه على أقساط معلومة لآجال محددة.

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة. والله أعلم» اهـ.

❊ ❊ ❊

الفصل الثاني
حكم عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في المرافق العامة والوقف

وفيه مبحثان:

المبحث الأول
حكم عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في المرافق العامة

يجب ـ في نظر الباحث ـ قبل الدخول في بيان حكم عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في المرافق العامة، التأصيل الفقهي لتصرفات ولي الأمر (الحكومة في الدولة الإسلامية) وواجباته تجاه رعيته ـ وذلك لأن المرافق العامة واقعة تحت تصرف ولي الأمر مباشرة، وهو القائم على مصالح المسلمين وتحصيلها ودفع المفاسد عنهم وتقليلها ـ فالكلام على هذا العقد متصل بالمرافق العامة الواقعة تحت تصرف ولي الأمر، وبناءً على ما يظهر من حكم عقد البوت (كمعاملة مستقلة) ومن الأصل في تصرفات ولي الأمر وواجباته وما يصح من تصرفاته في بيت المال وعقارات الدولة يتم بيان هذا المبحث وبناءً عليه قسمت هذا المبحث إلى مطالب:

المطلب الأول
الأصل في تصرفات ولي أمر المسلمين وواجباته

الأصل في تصرفات ولي أمر المسلمين بممتلكات ولايته العقارية والنقدية وغيرها من أموال المسلمين العامة، أن تكون منوطة بتحقق المصلحة لهم فيها، والدليل على ذلك:

١ ـ قوله سبحانه: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرٗا ﴿٥٨﴾﴾ روى ابن جرير في تفسير هذه الآية عن علي رضي الله عنه قال: حق على الإمام أن يحكم بما أنزل الله وأن يؤدي الأمانة وإذا فعل ذلك فحق على الناس أن يسمعوا وأن

يطيعوا وأن يجيبوا إذا دعوا[1]. قال ابن جرير: فتأويل الآية إذًا: إن الله يأمركم يا معشر ولاة أمور المسلمين أن تؤدّوا ما ائتمنتكم عليه رعيتكم من فيئهم وحقوقهم وأموالهم وصدقاتهم إليهم على ما أمركم الله، بأداء كلّ شيء من ذلك إلى من هو له بعد أن تصير في أيديكم، لا تظلموها أهلها ولا تستأثروا بشيء منها ولا تضعوا شيئاً منها في غير موضعه، ولا تأخذوها إلا ممن أذن الله لكم بأخذها منه قبل أن تصير في أيديكم؛ ويأمركم إذا حكمتم بين رعيتكم أن تحكموا بينهم بالعدل والإنصاف، وذلك حكم الله الذي أنزله في كتابه وبينه على لسان رسوله، لا تَعْدوا ذلك فتجوروا عليهم[2].

٢ ـ ما رواه مسلم في صحيحه عن أبي ذر رضي الله عنه، قال: قلت يا رسول الله ألا تستعملني، قال: فضرب بيده على منكبي ثم قال: «يا أبا ذر إنك ضعيف وإنها أمانة وإنها يوم القيامة خزي وندامة، إلا من أخذها بحقها، وأدى الذي عليه فيها»[3]، فدل هذا على أن من شأن تصرفات الولي، أن تكون محققة لمصلحة المولى عليه؛ لأنها أمانة من المولى عليه للولي، فيجب عليه أداء الذي عليه فيها، بأن يكون تصرفه في بيت مال المسلمين متحقق المصلحة لهم، وإلا يكن كذلك، فهو لم يؤد حق تلك الأمانة. ويؤيد هذا:

٣ ـ القاعدة الشرعية ونصها: تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة: وذكر الزركشي أن هذه القاعدة قد نص عليها الإمام الشافعي رحمه الله ونقل عنه قوله: منزلة الوالي من الرعية: منزلة الولي من اليتيم[4]. وقال السيوطي تتمة لقول

---

(١) تفسير الطبري ٩١/٥.
(٢) المرجع السابق.
(٣) صحيح مسلم برقم ١٨٢٥.
(٤) المنثور في القواعد للزركشي ٣٠٩/١.

الشافعي رحمه الله: وأصل ذلك: ما أخرجه سعيد بن منصور في سننه، قال: حدثنا أبو الأحوص عن أبي إسحاق، عن البراء بن عازب رضي الله عنه قال: قال عمر رضي الله عنه: «إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة ولي اليتيم، إن احتجت أخذت منه ـ يعني: قدر الحاجة ـ فإذا أيسرت رددته فإن استغنيت استعففت»(١). وذكر الجمل في حاشيته: أنه يصح وقف الإمام أراضي ببيت المال على جهة ومعين على المنقول المعمول له بشرط ظهور المصلحة في ذلك إذ تصرفه منوط بالمصلحة كولي اليتيم(٢).

* * *

المطلب الثاني
أعمال ولي الأمر الواجبة عليه تجاه رعيته

يجب على ولي الأمر النظر في مصالح المسلمين العامة، والقيام عليها وتوفير كل ما يسهم في التخفيف والتيسير عليهم، وإصلاح أمور دينهم ودنياهم ببناء المساجد ونشر التعليم وإقامة المرافق العامة التي لا غنى للناس عنها في هذا الزمان، كمشاريع بناء وتشييد البنية التحتية، والمتمثلة في إقامة محطات توليد القوى الكهربائية، والاتصالات السلكية واللاسلكية والبريد، ومحطات معالجة المياه وتوصيلها عبر الأنابيب، والصرف الصحي، والغاز وتوصيلاته، ومشاريع الأشغال العامة التي تشتمل تشييد وبناء الطرق والجسور والقناطر والسدود والقنوات ومشاريع النقل العام، التي تتضمن تشييد وبناء المطارات والموانئ والسكك الحديدية ونحوها. إضافةً إلى مشاريع خدمات التعليم والصحة والأمن والدفاع. قال الكاساني: أما مصرف النوع الثالث من الخراج وأخواته فعمارة الدين، وإصلاح مصالح المسلمين وهو رزق الولاة، والقضاة

(١) الأشباه والنظائر ١٢٢ والأثر رواه البيهقي في سننه برقم ١٠٧٨٢ ورقم ١٢٧٩٠.
(٢) حاشية الجمل على منهج ٥٧٧/٣.

وأهل الفتوى من العلماء، والمقاتلة، ورصد الطرق، وعمارة المساجد، والرباطات، والقناطر، والجسور، وسد الثغور، وإصلاح الأنهار التي لا ملك لأحد فيها[1]. وقال المواق نقلاً عن ابن شاس: أراضي الكفار المأخوذة بالاستيلاء قهرا وعنوة تكون وقفاً يصرف خراجها في مصالح المسلمين وأرزاق المقاتلة والعمال وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من سبل الخير ولا تقسم[2] . . . وقال ابن تيمية رحمه الله فيما يجب على الإمام لرعيته: وكذا صرف الأثمان والأجور؛ لما يعم نفعه من سداد الثغور بالكراع والسلاح، وعمارة ما يحتاج إلى عمارته من طرقات الناس، كالجسور والقناطر، وطرقات المياه كالأنهار اهـ. ودلل لذلك ابن مفلح فقال: إنما كان النبي ﷺ يأخذ من نصيبه ما يأخذه ويجعل الباقي في مصالح المسلمين. ويبدأ بالأهم فالأهم، من الثغور، ثم الأنهار والقناطر، ورزق قضاة ومَن نفعه عام، ثم يقسم بين المسلمين[3]. ويعم هذه الواجبات كلها: عمارة البلاد، وتسهيل سبل العيش، ونشر الرخاء[4].

المطلب الثالث
حكم بناء المرافق العامة
عن طريق عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T)

تبين مما سبق أن من واجبات الحاكم المسلم تجاه رعيته تحقيق مصالح المسلمين وعمارة البلاد وتسهيل سبل العيش، ونشر الرخاء، وإقامة المشاريع النافعة، والمرافق العامة التي يرتفق بها الرعية في سائر معايشهم، وما يعين على ذلك بقدر الاستطاعة المادية مع تحقق المصلحة والغبطة في هذه المشاريع، وبناءً عليه فإن هذه العقود إذا تحققت فيها المصلحة للرعية فقد تضمنت ثلاثة إشكالات:

(١) بدائع الصنائع: ٦٩/٢.
(٢) التاج والإكليل للمواق٥٦٨/٤.
(٣) السياسة الشرعية لابن تيمية ٧٣ والفروع ٢٩٠/٦.
(٤) الموسوعة الفقهية ٣٠٤/٢٥

١) تمكين طرف آخر غير ولي الأمر المسلم من استغلال الأرض الإسلامية مدة طويلة ـ سواء كان هذا الآخر مسلما أو غير مسلم ـ وذلك في مقابل ارتفاق المسلمين بهذه المنشأة وانتفاعهم بها.

٢) أن هذه العقود تتضمن طلب ولي الأمر تمويل مشاريع حيوية ومرافق عامة يحتاج إليها الرعية شبيهة بالاقتراض من طرف آخر حيث إن الشركة (مدير المشروع) تتكفل ببناء المرفق وتستوفي أجرته من المرفق، وإن كانت هذه الصيغة من العقود أخف من القرض ـ في نظر الباحث ـ لأن استرجاع تكاليف البناء ليست ـ في هذه الصيغة من العقود ـ من التزام الدولة؛ إلا بالشرط وعليه فهل يجوز للدولة الاقتراض؟ فإن جاز فهذا أولى، ووجه الإشكال: أن في هذه الصيغة من العقود، تحميل عبء على الرعية عن طريق ولي الأمر كالاقتراض الذي يحمل بيت مال المسلمين التزاماً بالسداد.

٣) أن في بناء المرافق بهذه الصيغة من العقود، فيه شبه بالمكوس (الضرائب)، من جهة أن الرعية في النهاية هي من ستتكفل بسداد هذه الأجرة. فكأن الحاكم قام بأخذ ضريبة على الرعية من أجل بناء هذا المرفق العام لهم، غير أن الذي يستوفي هذه الأجرة هو من قام بالبناء. ولبيان حكم هذا العقد في المرافق العامة لا بد من بيان حكم هذه الإشكالات:

الجواب عن الإشكال الأول:

أن يقال: لا يخلو التمكين في هذه المشاريع من صور:

الصورة الأولى: أن يكون مدير المشروع شركة إسلامية، فلا أعلم مانعاً شرعياً من إسناد تنفيذ وإدارة واستغلال المشروع من هذه الحيثية، خاصة أن يد مدير المشروع على الأرض يد عقدية لا يد حكمية أو تمليكية كما سبق أن أوضحت.

الصورة الثانية: أن يكون مدير المشروع شركة غير إسلامية فهل

يجوز أن تتولى إقامة هذه المشاريع؟ فالجواب بأن المشاريع العامة يمكن تقسيمها من حيث تولي غير المسلمين لها إلى نوعين: ـ الأول: مشاريع تتعلق بأمن المواطن، والاطلاع على مكامن القوة والضعف في المجتمع المسلم والدولة الإسلامية، فلا يجوز دخول غير المسلمين فيها بل حتى غير الثقات من المسلمين فيها لقوله سبحانه: «﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا وَدُّواْ مَا عَنِتُّمْ قَدْ بَدَتِ ٱلْبَغْضَآءُ مِنْ أَفْوَٰهِهِمْ وَمَا تُخْفِي صُدُورُهُمْ أَكْبَرُ قَدْ بَيَّنَّا لَكُمُ ٱلْآيَٰتِ إِن كُنتُمْ تَعْقِلُونَ ﴿١١٨﴾﴾ [آل عمران: ١١٨] قال القرطبي في تفسيره[(١)]: وقدِم أبو موسى الأشعري على عمر رضي الله عنهما بحساب فرفعه إلى عمر فأعجبه، وجاء عمر كتابٌ فقال لأبي موسى: أين كاتبك يقرأ هذا الكتاب على الناس؟ فقال: إنه لا يدخل المسجد. فقال: لِمَ، أجُنُبٌ هو؟ قال: إنه نصراني؛ فانتهره وقال: لا تُدْنِهم وقد أقصاهم الله، ولا تُكرمهم وقد أهانهم الله، ولا تَأْمَنهم وقد خوّنهم الله. وعن عمر رضي الله عنه قال: لا تستعملوا أهل الكتاب إنهم يستحلون الرُّشا، واستعينوا على أموركم وعلى رعيتكم بالذين يخشون الله تعالى وقيل لعمر رضي الله عنه: إن معنا رجلاً من نصارى الحِيرة لا أحد أكتب منه ولا أخط بقلم أفلا يكتب عنك؟ فقال: لا آخذ بِطانة من دون المؤمنين. فلا يجوز استكتاب أهل الذّمة، ولا غير ذلك من تصرفاتهم في البيع والشراء والاستنابة إليهما اهـ. ويدخل في عموم الآية كل عمل من أعمال المسلمين الخاصة التي تتعلق بأسرارهم الأمنية والاجتماعية التي قد يعين انكشافها لغير المسلمين من تمكينهم من بلاد المسلمين.

الثاني: مشاريع لا تتعلق بأمن المواطن والوطن ولا بأسرار القوة والضعف في الدولة الإسلامية، فلا أعلم مانعاً شرعياً من إسنادها إلى غير المسلم بعقود البناء والتشغيل والإعادة: كبناء المدارس والمستشفيات والطرق والجسور وتصريف المياه، وغيرها والأصل في ذلك ما جاء عن عبدِ الله بن عمرَ رضي الله عنه قال: «أعطى النبيُّ ﷺ خيبرَ اليهود أن

---

(١) تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) ١٧٨/٤.

يَعملوها ويزرعوها، ولهم شطرُ ما يخرجُ منها»[1]. فهذا فيه تمكين لغير المسلمين من أرض إسلامية لكنه لم يتضمن ضرراً دينياً أو أمنياً ومثله فعل عمر رضي الله عنه حيث ترك الأرض في أيدي عمالها من الكفار حين افتتح العراق، وكتب لسعد بن أبي وقاص: واترك الأرضين والأنهار لعمالها، فيكون ذلك في أعطيات المسلمين، فإنك إن قسمتها بين من حضر، لم يكن لمن بقي بعدهم شيء[2] وهذا عمل مثله يشتهر ولم ينكر فكان إجماعاً. ونص دليل القياس هنا أن: يقال في عقد **امتياز البناء والتشغيل والإعادة:** هو عقد تحققت فيه مصلحة المسلمين الموجودين منهم ومن لم يوجد بعد من غير ضرر أو استبطان فصح استعمال الكافر فيه كزراعة الأرضين وسقيها.

الجواب عن الإشكال الثاني:

أن يقال إن الأصل هو جواز اقتراض ولي الأمر؛ لأجل مصالح المسلمين، يدل لذلك ما يلي:

١ ـ عنْ عَبْدِ الله بنِ عَمْرٍو رضي الله عنه: «أنَّ رَسُولَ الله ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يُجَهِّزَ جَيْشاً فَنَفَدَتِ الإِبلُ فَأَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ فِي قِلَاصِ الصَّدَقَةِ فَكَانَ يَأْخُذُ الْبَعِيرَ بالْبَعِيرَيْنِ إِلَى إِبِلِ الصَّدَقَةِ»[3]. فهذا صريح في اقتراض النبي ﷺ لأجل مصالح المسلمين.

٢ ـ عن إبراهيم بن إسماعيل بن عبد الله بن أبي ربيعة المخزومي عن أبيه، عن جده أن النبيّ ﷺ استسلف منه حين غزا حنيناً ثلاثين أو أربعين ألفاً، فلما انصرف قضاه إياه ثم قال: «بارَكَ الله لَكَ فِي أَهْلِكَ وَمَالِكَ إِنَّما جَزَاءُ السَّلَفِ الوَفَاءُ وَالحَمْدُ»[4]. وهذا مثل سابقه، صريح في

---

(١) متفق عليه البخاري ٤١٤٩ومسلم ٢٦١٤.

(٢) رواه البيهقي الكبرى في السنن ج ٩ ص ١٣٤برقم [١٨١٤٩].

(٣) أخرجه أحمد ١٧١/٢ (٦٥٩٣). وفي٢١٦/٢ (٧٠٢٥) وأخرجه أبو داود (٣٣٥٧). والدارقطني برقم (٣٠١٣) والبيهقي (١٠٥٧٢) وحسنه من طريق حماد بن سلمة.

(٤) رواه أحمد (١٦٠٩٨)، و«النسائي» (٤٦٦٦)، وفي«الكبرى» ٦٢٣٦، وابن ماجه (٢٤٩٢)وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني [٧٢٣]، والبيهقي (١١٠٢٢).

اقتراض النبي ﷺ لأجل تجهيز الجيش، وهو من مصالح المسلمين العامة. فإذا كان القرض أشد في الالتزام على بيت المال فما دونه أولى بالجواز وهذا العقد كما أشرت سابقاً أخف من القرض لكون الالتزام ليس على بيت مال المسلمين بل ما يحققه ذلك المرفق من دخل. ولابد من الإشارة إلى أن كلا الدليلين مقيدان بشرط وهو عدم وجود المال الكافي في بيت مال المسلمين لنصه في الحديث الأول: بقوله: «فنفدت الإبل» ولمفهوم الحديث الثاني: في أن الاستسلاف لأي كون إلا عند عدم المقدرة المادية، وهذا القيد ينطبق على عقود البوت لكونها تحمل الرعية ـ الذي بيت المال يقوم بمصالحهم ـ نفقات هم في غنى عنها.

الجواب عن الإشكال الثالث:

من وجهين: الوجه الأول: ـ أن الضرائب المحرمة والتي هي المكوس إنما تحرم من جهة كون الآخذ لها بسلطان القوة ـ سواء كان من قطاع الطرق أو الولاة ـ من غير حق[1]، وهي في هذا العقد لا يستولي عليها الولاة، وإنما تذهب لمقدم الخدمة، وهي المستثمر وبناءً عليه فلا تكون الأجرة ـ الرسوم ـ التي يدفعها الرعية من أجل الاستفادة من هذه الخدمة من قبيل الضرائب.

الوجه الثاني: على فرض كون هذه الرسوم فيها شبه بالضرائب فقد نص بعض الفقهاء على أن الضرائب الموظفة على الرعية لمصلحتهم، جائزة سواء أكان ذلك للجهاد أم لغيره، ولا تضرب عليهم إلا إذا لم يكن في بيت المال ما يكفي لذلك، وكان لضرورة، وإلا كانت مورداً غير شرعي[2].

بقي أن أشير أنه يلزم في تلك المرافق أن يشمل الانتفاع بها جميع

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ٦٤٤/١ والقواعد للعز بن عبد السلام ١٢٩/١ الفروق مع تعليق ابن الشاط ٢٢٤/٤ الاختيارات للبعلي ٤١٦/٥

(٢) حاشية ابن عابدين ٥٧/٢ بدائع الصنائع ٦٨/٢ ـ ٦٩والأحكام السلطانية لأبي يعلي ص٢٣٠ وأحكام القرآن للقرطبي ٢٤٢/٢، الموسوعة الفقهية ١٤/٣٥.

المسلمين، أو غالبيتهم على الأقل، أما إن لم يقدر على دفع رسوم الخدمة إلا قلة منهم، فلا تتأتى المصلحة العامة في هذا العقد مما يوجب عدم الدخول فيه.

ومما سبق يتحصل للباحث ضوابط معينة لبناء المرافق العامة عن طريق عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وهي كالتالي:

١) أن تحقق المصلحة العامة لجميع أو غالب أفراد الرعية، إن كانوا جميعاً معرضين للاستفادة منه أو جميع أو غالب أفراد الفئة المعينة ـ من الرعية ـ المستفيدة من هذا المرفق كالمدارس للطلاب والمستشفيات للمرضى ونحوها: أما الجميع فظاهر، وأما الغالب فلأن القاعدة الشرعية نصت على أن الحكم للأعم الأغلب، فلو فرض وجود ضرر خاص منها يقع على أفراد قليلين، فإن القاعدة الشرعية في هذا نصت على أنه يُتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام. ويمكن التفصيل في هذا بالقول: بأن المرفق المراد إنشاؤه بهذه الصيغة من العقود، وكان في عدمه وقوع حرج ومشقة للمجموع دون الجميع، وكان في وجوده ضرر خاص على البعض، فلا شك أن وقوع المشقة على العموم ضرر يتحمل في سبيل دفعه الضرر الخاص، وأما إن كان المرفق وجوده وعدمه سواء، في حق العموم أو كان في وجوده تحسين لا يخل انعدامه بجانب الضروريات ولا الحاجيات، مع ما يوجد فيه من ضرر على الخاص، فلا تنطبق عليه هذه القاعدة ويجب دفع الضرر مهما كان صغيراً أو كبيراً خاصاً أو عاماً؛ للقاعدة المعروفة والنص النبوي: «لا ضرر ولا ضرار»[(١)].

٢) ألا يكون من المشاريع الحساسة التي تتعلق بأمن المجتمع المسلم ما لم يكن مدير المشروع شركة موثوق بها ديناً وأمانة (وهذا

(١) وروي موقوفاً على ابن عباس والمرفوع أحسن أحواله الحسن انظر تخريج الحديث في نصب الراية ٣٨٤/٤ ـ ٣٨٦، والدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢٨٢/٢. للإستزادة ينظر غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ٢٧٤/١.

الضابط أقرب إلى تأكيد المؤكد، وتنظيري أكثر منه عملي؛لكن لابد من ذكره والتنبيه إليه).

٣) ألا يكون في خزينة الدولة (بيت مال المسلمين) المال الكافي، لإقامة تلك المرافق أو أنه في حالة وجوده، فإنه يوجد مشاريع أولى بما في بيت المال منه.

٤) ألا تكون كلفة الاستفادة من هذا المرفق مرتفعة جدا، لما فيه من تقليل الاستفادة منه، وإرهاق المواطن مادياً، والمجتمع اقتصادياً؛ لأن الغالب في هذه المشاريع أنها تسبب انكماشاً اقتصادياً، نتيجة لسحب السيولة المتوفرة في البنوك المحلية هذا من جهة، ومن جهة أخرى سحب السيولة المتوفرة في أيدي الناس عند الاستفادة منها، وقد يكون هذا الضابط داخلاً بالأولوية في الضابط الأول ولكن التنصيص عليه وتمييزه لا بد منه.

٥) ألا تكون مدة استغلال المشروع طويلة جدا، بحيث يتحمل كلفتها أجيال متعاقبة، وتكلف الاقتصاد العام تبعات ذلك. ويعود تفتيت مخاطر هذا، العقد وتقليل مساوئه إلى حسن اختيار الجهة الحكومية للمفاوضين في العقد ومدى إلمامهم به.

* * *

المبحث الثاني
حكم عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف

وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول
تعريف الوقف لغة واصطلاحاً

الوقف لغة: الحبس يقال: وقفت الدار وقفًا بمعنى حبستها، وجمعه: أوقاف، مثل ثوب وأثواب. والوقف، والحبس، بمعنى واحد[1] وكذلك «التسبيل»، يقال: (سبّلت الثمرة بالتشديد جعلتها في سبل الخير وأنواع البر)[2].

تعريف الوقف اصطلاحًا هو: (تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة)[3].

---

(١) انظر: الزاهر للأزهري، ص ٢٦٠.

(٢) المصباح المنير للفيومي ص ٢٦٥.

(٣) المغني لابن قدامة، ١٨٤/٨؛ شرح الزركشي على الخرقي، ج٢٦٨/٤؛ الدر النقي لابن عبد الهادي ٤٦٤/٩. وعلق على هذا التعريف في المطلع بقوله: هذا التعريف لم يجمع شروط الوقف. وقد عرفه بعضهم بقوله: تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به، مع بقاء عينه، بقطع تصرف المالك، وغيره في رقبته، يصرف ريعه إلى جهة برّ تقربًا إلى الله تعالى. انظر: المطلع، ص ٢٨٥؛ الدر النقي لابن عبد الهادي، ٤٦٤/٢. وانظر: تعريف الوقف ومناقشة التعاريف في بقية المذاهب الأخرى في المصادر التالية:

● الحنفية: المبسوط: السرخسي، ٢٧/١٢؛ ابن عابدين، الحاشية، ٤٩٣/٣؛ أنيس الفقهاء: القونوي ص ١٩٧.

● المالكية: شرح الرصاع، ٤١١/٢؛ مواهب الجليل: الحطاب، ١٨/٦؛ شرح الخرشي على خليل، ٧٨/٧؛ حاشية البناني على الزرقاني ٧٤/٧.

● الشافعية: تحرير ألفاظ التنبيه: النووي ص ٢٣٧؛ مغني المحتاج: الخطيب الشربيني ٣٧٦/٢؛ نهاية المحتاج: الرملي ٢٥٩/٤.

وقوام هذا التعريف هو: حبس العين، التي لا يتصرف فيها بالبيع، أو الرهن، أو الهبة، ولا تنتقل بالميراث. أما المنفعة أو الغلّة فإنها تصرف لجهات الوقف على مقتضى شروط الواقفين(١).

ومبررات اختيار هذا التعريف عما سواه يمكن تلخيصها فيما يلي(٢):

١. أنه اقتباس من توجيه النبي ﷺ لعمر ابن الخطاب كما سيأتي.

٢. لأنه لم توجه إليه اعتراضات قوية مثل بقية التعريفات الأخرى.

٣. لأنه ركز على حقيقة الوقف دون الدخول في التفصيلات.

والوقف مشروع بإجماع أهل العلم(٣) كما هو متقرر لذا رأيت ـ اختصاراً ـ عدم الإطالة بذكر الأدلة الدالة على مشروعيته.

المطلب الثاني
شروط الوقف
وهو المال الموقوف الذي يرد عليه الوقف

فيشترط فيه ما يلي(٤):

١. أن يكون الموقوف مالاً متقومًا: إذ لا يتأتى وقف ما ليس من الأموال، كالأتربة في مواقعها، وما ليس بمتقوم كالخمر والخنزير.

---

(١) محاضرات في الوقف لأبي زهرة: ص ٤٥.

(٢) أحكام الوقف للكبيسي ٨٨/١.

(٣) نقل الإجماع كثير من أهل العلم منهم ابن قدامة في المغني ٨٦/٨.

(٤) للاستزادة في شروط الوقف والتفصيل فيها انظر: الهداية للمرغيناني ١٥/٣بدئع الصنائع ٢٢٠/٦ عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٣١/٣ روضة الطالبين ٣١٥/١٤ المغني ٣٤/٦ الروض الزاهر للسنوسي ص١٦؛ أحكام الوقف للزرقاء ص ٤٥ - ٥١.

٢. أن يكون الوقف مملوكًا: فلا يصح وقف غير المملوك، مثل: الأراضي الموات وشجر البوادي، وحيوان الصيد قبل صيده.

٣. أن يكون معلومًا حين الوقف: فلا يصح وقف الشيء المجهول، كقوله وقفت جزاءًا من مالي، أو داري.

٤. أن يكون مالاً ثابتًا: فيخرج به ما لا يبقى على حاله التي يتحقق بها الانتفاع، كالثمار، والخضر وات، والثلج.

❋ ❋ ❋

المطلب الثالث

حكم تعمير الوقف بعقد (B.O.T)

هناك صيغ لعقود ذكرها الفقهاء في تعمير الوقف مقاربة لعقد البوت بل تصل أحياناً إلى التماثل ومن هذه الصيغ:

١ ـ الإرصاد: وهو في اللغة الإعداد، يقال: أرصد له الأمر أعده.

أما في الاصطلاح: فيطلق على معنيين:

١) هو تخصيص الإمام غلة بعض أراض بيت المال لبعض مصارفه[1]. مثل أن يجعل الحاكم غلة بعض الأصول العامة والمباني الحكومية أو المزارع التابعة لبيت المال على مصالح عامة كالمساجد، أو على من راتبه على الدولة كالأئمة أو المؤذنين[2]. وهذا المعنى لا تعلق له بموضوع هذا المطلب.

٢) وهو الاتفاق بين إدارة الوقف (أو الناظر) وبين المستأجر أن يقوم بإصلاح الأرض وعمارتها وتكون نفقاتها ديناً مرصداً على الوقف

---

(١) انظر: حاشية الجمل على منهاج الطالبين، ٥٧٧/٣؛ ي، مطالب أولي النهى للرحيباني، ج٢٧٨/٤؛، الموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف الكويتية ج١٠٧/٣؛ معجم المصطلحات نزيه حماد، ص٥٠.

(٢) انظر: نزيه، معجم المصطلحات، ص٥٠.

يأخذه المستأجر من الناتج، ثم يعطى للوقف بعد ذلك الأجرة المتفق عليها[١].

وهذا المعنى هو المراد في هذا البحث، وفي نظر الباحث أن هذه الصورة هي أقرب صورة مطابقة لعقد البوت، وذلك أن الوقف بحاجة إلى إعماره ولا يوجد المال الكافي لذلك، ولا يوجد من يقرضه القرض الحسن فيضطر الناظر إلى دفعها إلى من يقوم بإصلاحها وعمارتها وتكون نفقاتها ديناً مرصداً على الوقف. وبين شيخ الإسلام ابن تيمية هذه الصورة فقال: ـ وتارةً يستسلفون من الأجرة ما يعمرون به وتكون الأجرة أقل منها لو لم تكن سلفاً، قال: وعامة ما يخرب من الوقف يمكن فيه هذا[٢] اهـ. وهذه الصورة التي ذكرها شيخ الإسلام توضح المقصود بعاليه كما تُبين الفائدة التي يجنيها الممول لعمارة الوقف وهو أنه ينتفع بالوقف بأجرة أقل من المثل ويكون الفرق هو ربحه وبالمثال يتضح المقال: ـ فلو أن وقفاً تخرب وقدرت تكلفة إعماره بمائة ألف (عملة) ويؤجر بعد إعماره بألفين سنوياً وبالعقد يستحق المعمِّر استئجاره بألف وخمسمائة سنوياً لمدة سبعة وستين سنة حتى يوفى تكلفة الإعمار وهي مائة ألف فإذا استغله المستأجر بأن أجره بألفين فإنه سيوفي تكاليفه وربح الثلث تقريبا. وهذه صورة مطابقة لعقد البوت من جهة أن الذي يقوم بالتعمير يتقاضى أجر تعميره من الوقف باستغلاله وتشغيله ولكن يزيد عليه أن الوقف، هنا لا يتعطل بل يستمر ريعه.

٢ ـ الحكر: وهو في اللغة: إِدِّخارُ الطعام للتَّرَبُّصِ وحبسه حتى يرتفع ثمنه[٣] واشتق منه المعنى الاصطلاحي وهو حبس العقار في الإجارة الطويلة ففي كلا الفعلين حبس مستمر فصدق عليهما هذا اللفظ.

وقد يراد به عند الفقهاء: إما العقار المحتكر نفسه، فيقال: هذا

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٤٠٢/٤)، وبداية المجتهد (٢٣٦/٢)، ومجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٢٤/٣١).

(٢) فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٢٥/٣١.

(٣) لسان العرب ٢٠٨/٤.

حكر فلان. وإما الأجرة المقررة على عقار محبوس في الإجارة الطويلة. وإما الإجارة الطويلة على العقار[1]. وهذا في باب الإجارة أما الحكر في باب الوقف فهو وسيلة اهتدى إليها الفقهاء لعلاج مشكلة تتعلق بالأراضي والعقارات الموقوفة التي لا تستطيع إدارة الوقف (أو الناظر) أن تقوم بالبناء عليها أو زراعتها، أو أنها مبنية لكن ريعها قليل إذا قسنا بحالة هدم بنيانها، ثم البناء عليها، ففي هذه الحالة أجاز الفقهاء الحكر، وحق القرار وهو عقد يتم بمقتضاه إجارة أرض للمحتكر لمدة طويلة، وإعطاؤه حق القرار فيها ليبني، أو يغرس مع إعطائه حق الاستمرار فيها ما دام يدفع أجرة المثل بالنسبة للأرض التي تسلمها دون ملاحظة البناء والغراس وقال بعضهم: التحكير في الوقف هو الاتفاق على إعطاء أرض الوقف الخالية، لشخص لقاء مبلغ يقارب قيمتها باسم أجرة معجلة؛ ليكون له عليها حق القرار الدائم، ويتصرف فيها بالبناء والغراس وغيرها كتصرف المالكين، ويرتب عليه أيضاً أجر سنوي ضئيل[2].

ويسميه بعض الفقهاء بالاحتكار، والاستحكار، والإحكار، قال ابن عابدين: «الاحتكار إجارة يقصد بها منع الغير، واستبقاء الانتفاع بالأرض» وفي الفتاوى الخيرية: «الاستحكار عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض للبناء، أو الغرس أو لأحدهما، ويكون في الدار والحانوت أيضاً»[3]، ويتحصل مما سبق أن الحكر إجارة لكن اختلف الفقهاء في

---

(١) يراجع في موضوع الحكر: حاشية ابن عابدين (٣/٣٩٨) الفتاوى الهندية (٢/٤٢٠)، وفتح العلى المالك في الفتوى على مذهب مالك (٢/٢٤٣) ط. مصطفى الحلبي، والشرح الصغير (٤/١٢٧)، وشرح الخرشي (٧/٧٨، ١٠٠)، وتحفة المحتاج (٦/١٧٢)، والفتاوى الكبرى لابن حجر الهيثمي (٣/١٤٤)، ومطالب أولي النهى (٤/٣١٦)، ومجموع الفتاوى لابن تيمية (٣١/٢٢٤)، والموسوعة الفقهية الكويتية (١٨/٥٣).

(٢) د. خليفة بابكر الحسن، بحثه عن: «استثمار موارد الأوقاف» المقدم إلى الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي (ص٢١)، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء لنزيه حماد ص٥٧.

(٣) منحة الخالق على البحر الرائق (٥/٢٢٠) ط. المطبعة العلمية بالقاهرة. الفتاوى الخيرية لخير الدين الرملي (١/١٩٧).

تحديد مفهومه والمراد منه على ما سبق بيانه وخلاصته تعود إلى حالين:

الأول: أن الحكر حالة اضطرارية لإخراج الوقف من حالة الضياع والاندثار بإجارته لمن يعمره بأجرة المثل إجارة طويلة محددة يبقى فيها الوقف بعد تعميره غالباً، سئل أبو زرعة الشافعي (٨٢٦)رحمه الله: عما يفعله حكام مكة من إجارة الدار الخربة الساقطة مائة سنة ونحوها ممن يقوم بعمارتها، ويقدرون ذلك أجرتها في مدة الإيجار ويأذنون صرفه في العمارة، ويقرون الدار معه بعد عمارتها على حكم الإجارة السابقة من غير زيادة في الأجرة هل هذا التصرف يسوغ اعتماده وتكراره أم لا؟ لأن هذه المدة تؤدي إلى تملك الوقف غالباً وذلك أعظم ضرراً من الخراب. فأجاب أبو زرعه بما ملخصه: أن منافع الوقف كمنافع الطلق، يتصرف فيها الناظر بالمصلحة، وقد تقتضي المصلحة تكثير مدة الإجارة وتقليلها وحينئذ فيجوز إجارة الدار الموقوفة مدة تبقى إليها غالباً، ويختلف ذلك باختلاف الدور وباختلاف البلاد في أحكام ما يبنون به وإتقانه ومدة بقائه غالباً، فما يفعله حكام مكة من إجارة دور الوقف الخربة الساقطة مائة سنة أو نحوها عند الاحتياج لأجرة المدة المذكورة لأجل العمارة حسن، يسوغ اعتماده إذا لم يكن للوقف حاصل يعمر به، ولا وجد من يقرض القدر المحتاج إليه للعمارة بأقل من أجرة تلك المدة . . .وإنما استحسناه وشرعناه لأن فيه بقاء عين الوقف وهو مقدم على سائر المقاصد» انتهى ملخصاً[1] . . ويتضح من هذه الحالة أنها حالة اضطرارية لا بد منها لئلا يتعطل الوقف وتذهب منافعه.

الحال الثاني: لا يبعد عن الأول كثيراً، ولكن يختلف عنه في قرب الثاني من البيع دون الأول ففي الثاني يدفع المستحكر أجرة مقدمة، قريبة من ثمن الوقف؛ من أجل القرار في الوقف مدة طويلة - غير محددة غالباً - ويدفع أجرة سنوية ضئيلة لذلك، وهذا المعنى قريب إلى معنى الخلو الذي سيأتي بعد قليل.

---

(١) انظر: الإتحاف ببيان أحكام إجارة الأوقاف لابن حجر المكي مطبوع ضمن رسائله الكبرى الفقهية ٣/٣٣٠ ـ ٣٣٩.

حكم الحكر في الأوقاف:

اختلف الفقهاء في حكر الوقف على ثلاثة مذاهب:

أ. ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه جائز حتى ولو اشترط الواقف منعه إذا توافرت الشروط الآتية:

١. أن يكون الوقف قد تخرّب وتعطّل الانتفاع به.

٢. ألا يكون لدى إدارة الوقف (أو الناظر) أموال يعمّر بها.

٣. ألا يوجد من يقرض الوقف المقدار المحتاج إليه[١]. واشترط الحنفية أيضًا ألا يمكن استبدال الوقف بعقار ذي ريع[٢]، فإذا توافرت هذه الشروط جاز الحكر في الوقف.

ب. ذهب جماعة من الفقهاء منهم الحنابلة وجمهور الشافعية، إلى أنه جائز مطلقاً[٣].

ج. ذهب بعض الشافعية ـ منهم الأذرعي والزركشي ـ إلى أنه غير جائز مطلقاً[٤].

والذي يترجح للباحث هو القول الأول، مع إضافة شرط، وهو ألا يمكن تعمير الوقف بأي طريق أخف وطأة من التحكير؛ لأن في التحكير حبس لمنفعة الوقف عن الموقوف عليهم مدة طويلة من الزمن، وفي هذا إخلال بمصلحة الوقف إلا إذا كان اللجوء إليه على وجه الاضطرار ـ بالشروط المذكورة ـ فيدفع الضرر بقدر الإمكان، باللجوء إلى التحكير للقاعدة الشرعية: الضرورة تقدر بقدرها.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٣٠/٣٩٨)، والفتاوى الهندية (٢/٤٢٢)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٩٦)، وتحفة المحتاج (٦/١٧٢)، ومطالب أولي النهى (٤/٣١٦)، وإعلام الموقعين (٣/٣٠٤).

(٢) حاشية ابن عابدين (٣/٣٩٨).

(٣) مطالب أولي النهى (٤/٣١٦)، والفتاوى لابن حجر الهيثمي (٣/١٤٤).

(٤) تحفة المحتاج (٦/١٧٢)، والفتاوى الهندية لابن حجر الهيثمي (٣/١٤٤).

وجه المشابهة مع عقد البوت:

هو طول مدة انتفاع غير الموقوف عليهم بالعقار (الأرض)، مع قصد تعمير الوقف في كلا العقدين، لكن يختلف عقد الحكر عن عقد البناء والتشغيل والإعادة، في كون الأجرة في الأخير هي البناء الذي يرجع إلى الوقف عند انتهاء مدة العقد، بخلاف الأول فإن الأجرة فيه هي عينية والغالب أنها نقدية. وبهذا الوجه من التشابه يمكن الإجابة على اعتراض مقدر على تعمير الوقف بعقد البوت: بأن فيه منع الموقوف عليهم من الانتفاع من الوقف مدة طويلة فلم يصح كما لو أزال الوقف. ووجه هذا الاعتراض: أن طول المدة في عقد البناء والتشغيل والإعادة تقتضي حرمان الموقوف عليهم من منفعته وبالتالي تعطيل مصلحته كما لو أزال صفة الوقف عنه. ويجاب عليه: بأن عقد البناء والتشغيل والإعادة عقد يعمر به الوقف حيث لم يمكن غيره فصح مع طول المدة كتحكير الوقف.

مسألة: بعد انتهاء عقد الحكر ما حكم البناء الذي أقامه المحتكر في أرض الحكر؟

إن قلنا: إنه أقام البناء بموجب عقد الحكر وحسم من الأجرة في مقابلها فيكون البناء ملكاً للوقف عند انتهاء العقد وإن تم في الحكر إجارة أرض الوقف لمن يبني فيها ويغرس فمحل خلاف بين أهل العلم على ثلاثة أقوال:

الأول: أن يبقى البناء في أرض الوقف بأجرة المثل حتى لو طلب الموقوف عليهم القلع، كذا في القنية وخطأ ابن عابدين في الحاشية ما جاء في القنية لمخالفته المفتى به في المذهب[1] وهو وجوب القلع وتسليم الأرض كما استلمها[2].

الثاني: لزوم بقاء البناء والغرس وعدم قلعه وهدمه، ويملكه

---

(١) حاشية ابن عابدين ٣١/٦.

(٢) تبيين الحقائق ١١٥/٥ والعناية ٨٢/٩.

صاحب الأرض عند انتهاء العقد. إذا لم يكن للقالع مصلحة من قلعة. وهذا مذهب المالكية قال القرافي: لأن قلعه لمجرد الفساد لا لحصول مصلحة تحصل للقالع، ولا لدرء مفسدة عنه فيتعين بقاؤه في الأرض المستأجرة ينتفع به صاحب الأرض، ويحصل له بسببه تلك المالية العظيمة، ويعطيه له بغير شيء فإنه مستحق الإزالة شرعاً، وعلى تقدير الإزالة تبطل تلك المالية فهي مالية مستهلكة على واضعها شرعاً، والمستهلك شرعاً لا يجب فيه قيمة، ويؤيد ذلك «نهيه عليه السلام عن إضاعة المال»، وهدم مثل هذا البناء. وقلع مثل هذا الشجر إضاعة للمال فوجب المنع منه[١].

الثالث: للمكتري القلع ولا يجبر عليه. وهذا هو الظاهر من مذهب الشافعية والحنابلة[٢].

وعلى هذا فيكون قول المالكية قريباً من عقد البوت، من جهة تملك صاحب الأرض للعقار عند نهاية مدة الإيجار، ويزيد عليه بأن يدفع المستأجر أجرة معلومة كل سنة، ولكن اشترطوا ألا يكون للمستأجر مصلحة في هدم البناء أو قلع الغراس، فإن كان له مصلحة ظاهرة جاز له قلعه على أن الجميع صححوا اشتراط المالك على المستأجر عدم القلع أو الهدم عند انقضاء المدة واختلفوا في ملكيته، وليس هذا موضع تفصيلها. ويختلف عن عقد البناء والتشغيل والإعادة، في أن مالك الأرض محتاج إلى البناء وطالب له وفق مواصفاته، فهو المقصود بالعقد بخلاف ما ههنا.

وقريب من الحكر الخلو: ويوجد بهذا اللفظ في كتب متأخري الفقهاء، فإنهم يستعملونه بمعنى المنفعة التي يملكها المستأجر لعقار الوقف مقابل مال يدفعه إلى الناظر لتعمير الوقف إذا لم يوجد ما يعمر

---

(١) الفروق: ٧ ـ ٨ وانظر: المدونة ٤/٤٥٠. والحديث رواه البخاري ١٤٥٩، ومسلم ٤٤٣٩.

(٢) المغني ٥/٢٨٥. وانظر: أسنى المطالب ٢/٤٢٠.

به، على أن يكون له جزء من منفعة الوقف، معلوم بالنسبة كنصف أو ثلث، ويؤدي الأجرة لحظ المستحقين عن الجزء الباقي من المنفعة[1].

٤ ـ الإجارة بأُجرتين: ابتكر الفقهاء هذه الطريقة لعلاج مشكلة حدثت للعقارات الموقوفة في إستانبول عام ١٠٢٠هـ عندما نشبت حرائق كبيرة التهمت معظم العقارات الوقفية أو شوهت مناظرها، ولم يكن لدى إدارة النظارة الوقفية أموال لتعمير تلك العقارات فاقترح العلماء أن يتم عقد الإجارة تحت إشراف القاضي الشرعي على العقار المتدهور بأجرتين: أجرة كبيرة معجلة تقارب قيمته فيتسلمها الناظر ويعمر به العقار الموقوف، وأجرة سنوية مؤجلة ضئيلة ويتجدد العقد كل سنة، ومن الطبيعي أن هذا العقد طويل الأجل يلاحظ فيه أن المستأجر يسترد كل مبالغه من خلال الزمن الطويل[2]. ويمكن عد هذه الصيغة نوعاً من صيغ الحكور أو فكرة نابعة منها، كما مر بنا تعريف بعض الباحثين المعاصرين للحكر. وتشبه هذه الصيغة ـ الإجارة بأجرتين ـ عقد البناء والتشغيل والإعادة من جهتين: ١ ـ طول مدة انتفاع غير الموقوف عليهم بالوقف. ٢ ـ أن المراد من كلا العقدين تعمير الوقف أو ترميمه.

ويختلف عنه في شيئين أيضاً:

١ ـ أن الذي يتولى عمارته هو ناظر الوقف، بخلاف عقد البناء والتشغيل.

٢ ـ إلزام المستأجر بدفع أجرة مقدمة وعدم انقطاع منفعة المستحقين من الوقف من خلال الأجرة السنوية المرتبة على ذلك ـ وإن كانت في مجملها ضئيلة لكنها أولى من العدم ـ.

---

(١) الموسوعة الفقهية ٢٧٦/١٩.

(٢) بحث: «مقتطفات من أحكام الوقف»، للشيخ الصديق أبو الحسن منشور في ندوة الوقف الخيري لهيئة أبوظبي الخيرية عام ١٩٩٥ (ص٩٤)، وبحث عن: «استثمار موارد الأحباس» للشيخ كمال جعيط، المقدم إلى الدورة الثانية عشرة (ص٤٧).

تحرير القول في تعمير الوقف بعقد البناء والتشغيل والإعادة:

مما سبق يتضح: أن تعمير الأوقاف بعقد البناء والتشغيل والإعادة ليس ببعيد عن هذه العقود التي ذكرها الفقهاء رحمهم الله ـ من أجل إنقاذ الوقف من التعطل والخراب ـ، وأن طول مدة استغلال مدير المشروع للوقف لا يحول دون الجواز، لكن يبقى أن هناك فرقاً جوهرياً بين عقد البناء والتشغيل والإعادة، وبين تلك العقود ألا وهو أن جميع تلك العقود يبقى للوقف ريع يستفيد منه المستحقون، بخلاف عقد البناء والتشغيل والإعادة الذي لا يملك الوقف فيه سوى البناء بعد انقضاء مدة العقد ـ وإن كانت أقل في الغالب من تلك العقود ـ إلا أني لم أجد أحداً من الفقهاء رخص في تعطيل الوقف مدة طويلة؛ من أجل تعميره من غير أن يصل إلى المستحقين شيء من ريع الوقف خلال تلك المدة؛ لهذا فإن الباحث يرى أنه لا يلجأ إلى هذه الصيغة (عقد البناء والتشغيل والإعادة) إلا بعد تعذر جميع الصيغ التي تضمن تعمير الوقف مع استمرار ريعه، وذلك ارتكاباً لأخف الضررين ووقوعاً في أخف المفسدتين دفعاً لأشدهما وهو ذهاب منفعة الوقف بالكلية. ولو جمع بين عقد البناء والتشغيل والإعادة وبين الريع كما في الصيغة التي ذكرها شيخ الإسلام، لكان أولى وأحرى، لما في ذلك من الحفاظ على حق الموقوف عليهم من جهة، وحق المستثمر بتعميره واسترداد رأس ماله وأرباحه من جهة أخرى. وعلى هذا فإن قلنا بجواز عقد البناء والتشغيل والإعادة في الوقف، فليس بإطلاق بل بالشروط التي ذكرها المجوزون للحكر، ويضاف عليها أيضاً عدم وجود من يعمره بتلك الصيغ، التي لا تؤدي إلى انقطاع ريع الوقف عن مستحقيه كالتي ذكرها شيخ الإسلام والإجارة بأجرتين وغيرها أو إجارة الأرض مع اشتراط تملك البناء عند نهاية الإجارة عند من جوزها.

لكن ميزة عقد البوت عن هذه العقود جميعاً أنه حتما سيكون أقل في المدة من تلك العقود بكثير وهذا أمر مراعى عند التفاضل.والله أعلى وأعلم بالصواب.

خاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وصلى الله على خير البريات وآله وصحبه الكرام وسلم تسليماً كثيراً وبعد:

فإن أهم ما توصلت إليه من نتائج في هذا البحث ـ وتكون هذه النتائج بمثابة مشروع قرار للمجمع ـ:

١ ـ أن التعريف المختار لعقد (B.O.T) هو: اتفاق بين طرفين أحدهما يملك الأرض والآخر يقوم بتنفيذ وتشغيل مشروع لصالح مالك الأرض على أن له الانتفاع بذلك مدة محدده.

٢ ـ تكييف عقد (B.O.T) يتضح من هذا العقد أنه اشتمل على عين موصوفة في الذمة وهو المشروع المراد إنشاؤه، كما اشتمل على عمل معين، كما اشتمل على إعطاء حق للعامل باستغلال المشروع فترة من الزمن لأجل استيفاء تكاليف البناء الذي أقامه وأرباحه. فهو في الواقع طلب مالك الأرض إقامة بناء عليها من قبل طرف آخر مع تحمله لتكاليف البناء والعمل، وله حق استغلال المشروع واستيفاء تكاليفه وأرباحه منه، وكلا العوضين مؤجل، فهذا من قبيل الاستصناع. وقد سبق بحث الاستصناع في مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة بالمملكة العربية السعودية في دورته السابعة وأصدر قراره رقم ٦٥ (٣/٧) بشأنه.

٣ ـ يجوز بناء المرافق العامة عن طريق عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) بضوابط هي:

١) أن تحقق المصلحة العامة لجميع أو غالب أفراد الرعية، إن كانوا جميعاً معرضين للاستفادة منه أو جميع أو غالب أفراد الفئة المعينة ـ من الرعية ـ المستفيدة من هذا المرفق كالمدارس للطلاب والمستشفيات للمرضى ونحوها: أما الجميع فظاهر، وأما

الغالب فلأن القاعدة الشرعية نصت على أن الحكم للأعم الأغلب، فلو فرض وجود ضرر خاص منها يقع على أفراد قليلين، فإن القاعدة الشرعية في هذا نصت على أنه يُتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام. ويمكن التفصيل في هذا بالقول: بأن المرفق المراد إنشاؤه بهذه الصيغة من العقود، وكان في عدمه وقوع حرج ومشقة للمجموع دون الجميع، وكان في وجوده ضرر خاص على البعض، فلاشك أن وقوع المشقة على العموم ضرر يتحمل في سبيل دفعه الضرر الخاص، وأما إن كان المرفق وجوده وعدمه سواء، في حق العموم أو كان في وجوده تحسين لا يخل انعدامه بجانب الضروريات ولا الحاجيات، مع ما يوجد فيه من ضرر على الخاص، فلا تنطبق عليه هذه القاعدة ويجب دفع الضرر مهما كان صغيراً أو كبيراً خاصاً أو عاماً؛ للقاعدة المعروفة والنص النبوي: «لا ضرر ولا ضرار».

٢) ألا يكون من المشاريع الحساسة التي تتعلق بأمن المجتمع المسلم ما لم يكن مدير المشروع شركة موثوق بها ديناً وأمانة (وهذا الضابط أقرب إلى تأكيد المؤكد، وتنظيري أكثر منه عملي؛ لكن لا بد من ذكره والتنبيه إليه).

٣) ألا يكون في خزينة الدولة (بيت مال المسلمين) المال الكافي، لإقامة تلك المرافق أو أنه في حالة وجوده، فإنه يوجد مشاريع أولى بما في بيت المال منه.

٤) ألا تكون كلفة الاستفادة من هذا المرفق مرتفعة جداً، لما فيه من تقليل الاستفادة منه، وإرهاق المواطن مادياً، والمجتمع اقتصادياً؛ لأن الغالب في هذه المشاريع أنها تسبب انكماشاً اقتصادياً، نتيجة لسحب السيولة المتوفرة في البنوك المحلية هذا من جهة، ومن جهة أخرى سحب السيولة المتوفرة في أيدي الناس عند الاستفادة منها، وقد يكون هذا الضابط داخلاً بالأولوية في الضابط الأول ولكن التنصيص عليه وتمييزه لا بد منه.

٥) ألا تكون مدة استغلال المشروع طويلة جداً، بحيث يتحمل كلفتها أجيال متعاقبة، وتكلف الاقتصاد العام تبعات ذلك. ويعود تفتيت مخاطر هذا، العقد وتقليل مساوئه إلى حسن اختيار الجهة الحكومية للمفاوضين في العقد ومدى إلمامهم به.

٤ ـ حكم تعمير الوقف بعقد البناء والتشغيل والإعادة: ـ يترجح للباحث ـ أنه لا يلجأ إلى هذه الصيغة (عقد البناء والتشغيل والإعادة) إلا بعد تعذر جميع الصيغ التي تتضمن تعمير الوقف مع استمرار ريعه، وذلك ارتكاباً لأخف الضررين ووقوعاً في أخف المفسدتين دفعا لأشدهما وهو ذهاب منفعة الوقف بالكلية. ولو جمع بين عقد البناء والتشغيل والإعادة وبين الريع كما في الصيغة التي ذكرها شيخ الإسلام، كان أولى وأحرى، لما في ذلك من الحفاظ على حق الموقوف عليهم من جهة، وحق المستثمر بتعميره واسترداد رأس ماله وأرباحه من جهة أخرى. وعلى هذا فإن قلنا بجواز عقد البناء والتشغيل والإعادة في الوقف، فليس بإطلاق بل بالشروط التي ذكرها المجوزون للحكر، ويضاف عليها أيضاً عدم وجود من يعمره بتلك الصيغ، التي لا اتؤدي إلى انقطاع ريع الوقف عن مستحقيه كالتي ذكرها شيخ الإسلام والإجارة بأجرتين وغيرها أو إجارة الأرض مع اشتراط تملك البناء عند نهاية الإجارة. ـ عند من جوزها ـ لكن ميزة عقد البوت عن هذه العقود جميعاً أنه حتما سيكون أقل في المدة من تلك العقود بكثير وهذا أمر مراعى عند التفاضل.

هذه أبرز النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث؛ سائلا المولى سبحانه أن يعفو عن التقصير والتفريط وأن يبارك في القليل، وينفع به ويجعل هذ ا البحث من الباقيات الصالحات إنه سميع قريب.

الباحث: خالد بن سعود الرشود

* * *

فهرس المراجع والمصادر

(أ)

١ - الآحادوالمثاني: ابن أبي عاصم دار الراية-الرياض الطبعة الأولى، ١٤١١هـ-١٩٩١م.

٢ - الإتحاف ببيان أحكام إجارة الأوقاف: لابن حجر المكي مطبوع ضمن رسائله الكبرى الفقهية ط/المصرية.

٣ - الأحكام السلطانية: أبو يعلى محمد بن الحسن الفراء ط/مصطفى الحلبي ط/الثانية.

٤ - أحكام القرآن: لأبي بكر أحمد الجصاص ط/دار الفكر ببيروت.

٥ - أحكام الوقف في الشيعة الإسلامية: للدكتور محمد الكبيسي ط/الأولى ١٣٩٧هـ بغداد مطبعة الرشاد.

٦ - أحكام الأوقاف: للشيخ مصطفى الزرقا ط/الأولى عمان دار عمار.

٧ - لاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: لعلاء الدين البعلي ط/المؤسسة السعيدية الرياض.

٨ - أساليب البناء - التشغيل - الإعادة (B.O.T) سلاح المنافسة الجديد في صناعة البناء والتشييد»: بحث لخالد الدغيثر مقدم إلى المؤتمر الهندسي السعودي الخامس، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، ١٣ - ١٦ ذي القعدة ١٤١٩هـ.

٩ - أسنى المطالب شرح روض الطالب: محمد بن زكريا الأنصاري.ط/دار الكتاب الإسلامي.

١٠ - الأشباه والنظائر: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ط/دار إحياء الكتب.

١١ - إعلام الموقعين عن رب العالمين: شمس الدين ابن قيم الجوزية ط/دار الجيل بيروت.

١٢ - الأم: للإمام محمد بن إدريس الشافعي ط/دار المعرفة.

١٣ - أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء: للقاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الناشر: دار الوفاء - جدة الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.

(ب)

١٤ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد: لأبي الوليد محمد بن رشد، الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية.

١٥ ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني ط/دار الكتاب الاسلامي ـ الثانية.
١٦ ـ البيان والتحصيل وضمنه العتبية: لأبي الوليد ابن رشد القرطبي ـ محمد العتبي القرطبي الناشر: الطبعة الثانية دار الغرب الإسلامي.

(د)

١٧ ـ دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع B.O.T: الإسكندرية، الدار الجامعية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠ ـ ٢٠٠١م لعبد القادر محمد عبد القادر عطية
١٨ ـ النقي شرح ألفاظ الخرقيل يوسف بن حسن ابن عبد الهادي تحقيق: رضوان مختار بن غربية مكة المكرمة: رسالة دكتوراه مقدمة إلى قسم الدراسات العليا الشرعية، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م.
١٩ ـ الدراية في تخريج أحاديث الهداية: أحمد بن حجر العسقلاني ط/المطبعة العالمية.
٢٠ ـ دليل منظمة هينة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو).

(هـ)

٢١ ـ الهداية شرح بداية المبتدي: لأبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني ط/المكتبة الإسلامية.
موقع الكتروني:
٢٢ ـ موقع في شبكة الانترنت:
http://www.iqtissadiya.com/archives-detail.asp?id1885&issue = 291&category = local =

(ز)

٢٣ ـ الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي الذي أودعه المزني في مختصره: لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري.ط/ الأولى من مطبوعات وزارة الأوقاف بالكويت.

(ح)

٢٤ ـ حاشية البناني على الزرقاني.
٢٥ ـ حاشية الجمل على المنهاج: لسليمان العجيلي المعروف بالجمل ط/دار إحياء الكتب العربية.

(ل)

٢٦ ـ لسان العرب: جمال الدين بن منظور ط/دار صادر.

(م)

٢٧ ـ المبسوط: لشمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي ط/دار الكتب العلمية ببيروت.

٢٨ ـ محاضرات في الوقف: لأبي زهرة ط/دار الفكر العربي بالقاهرة.

٢٩ ـ مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: جمع وترتيب: عبد الرحمٰن بن محمد بن قاسم ط/وزارة الشؤون الإسلامية بالسعودية.

٣٠ ـ المدونة الكبرى: وهي رواية سحنون بن سعيد عن عبد الرحمٰن بن القاسم عن مالك بن أنس ط/دار صادر عن نسخة مطبعة السعادة.

٣١ ـ مسند أحمد بن حنبل: ط/دار إحياء التراث الإسلامي.

٣٢ ـ المصباح المنير: لأحمد بن علي الفيومي ط/مكتبة لبنان.

٣٣ ـ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: لمصطفى بن عبدة الرحيباني.ط/دار المكتب الإسلامي.

٣٤ ـ المطلع على أبواب المقنع: لمحمد بن أبي الفتح البعلي ط/دار المكتب الإسلامي.

٣٥ ـ معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء: لنزيه حماد ط/الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض.

٣٦ ـ مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: لمحمد الخطيب الشربيني.ط/دار الفكر.

٣٧ ـ المغني: موفق الدين عبد الله بن قدامة ط/دار هجر.

٣٨ ـ مقتطفات من أحكام الوقف: بحث للشيخ الصديق أبو الحسن منشور في ندوة الوقف الخيري لهيئة أبو ظبي الخيرية عام ١٩٩٥.

٣٩ ـ المنثور في القواعد: لمحمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي أبو عبد الله.ط/وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ـ الكويت.

٤٠ ـ منحة الخالق على البحر الرائق: للشيخ محمد أمين المعروف بابن عابدين ط. المطبعة العلمية بالقاهرة.

٤١ ـ الموسوعة الفقهية: وزارة الأوقاف الكويتية.

٤٢ ـ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: لمحمد بن محمد الطرابلسي الشهير بالحطاب.

(ن)

٤٣ ـ نصب الراية لأحاديث الهداية:لجمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف، ط/الثانية.

٤٤ ـ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي: لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي ط/مطبعة الحلبي.

(س)

٤٥ ـ السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية: لتقي الدين ابن تيمية، ط/مكتبة ابن تيمية.

٤٦ ـ سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث السجستاني ط/دار إحياء التراث العربي.

٤٧ ـ سنن الدارقطني: للحافظ علي بن عمر الدارقطني ط/دار الكتب العلمية ببيروت.

٤٨ ـ سنن النسائي الصغرى: لأحمد بن شعيب النسائي ط/الثانية ـ دار المعرفة ببيروت.

٤٩ ـ سنن النسائي الكبرى: لأحمد بن شعيب النسائي ط/الثانية ـ دار المعرفة ببيروت.

٥٠ ـ سنن ابن ماجه: لأبي عبد الله محمد بن زيد القزويني ط/شركة الطباعة العربية.

٥١ ـ السنن الكبرى: أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي ط/دار المعرفة.

٥٢ ـ استثمار موارد الأوقاف: ل د. خليفة بابكر الحسن، بحث مقدم إلى الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

٥٣ ـ استثمار موارد الأحباس: للشيخ كمال جعيط، بحث مقدم إلى الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(ع)

٥٤ ـ عقد B.O.T: لإلياس ناصيف ط/بدون سنة ٢٠٠٦.

٥٥ ـ عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T: دراسة في إطار القانون الدولي الخاص دكتور/محمد الروبي ط/٢٠٠٤ ـ الأولى.

٥٦ ـ عقد امتياز المرفق العام B.O.T: لإبراهيم الشهاوي ط٢٠٠٣.

٥٧ ـ عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: لأبي محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس ط/مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(ف)

٥٨ ـ الفتاوى الهندية: لنظام الدين البلخي ط/دار الفكر. ببيروت.

٥٩ ـ الفتاوى الكبرى: لابن حجر الهيثمي ط/دار صادر ببيروت.
٦٠ ـ الفتاوى الخيرية: لخير الدين الرملي مطبوع بهامش الفتاوى الكبرى لابن حجر.
٦١ ـ وفتح العلى المالك في الفتوى على مذهب مالك: لأبي عبد الله محمد عليش، ط. مصطفى الحلبي.
٦٢ ـ الفروع: لشمس الدين محمد بن مفلح ط/دار مصر للطباعة.
٦٣ ـ الفروق: لشهاب الدين أحمد الصنهاجي الشهير بالقرافي مع تعليق ابن الشاط ط/عالم الكتب.

(ص)

٦٤ ـ صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل ط/دار إحياء التراث العربي.
٦٥ ـ صحيح مسلم: مسلم بن الحَجَّاج ط/دار الكتب العلمية.

(ق)

٦٦ ـ قواعد الأحكام في مصالح الأنام: العز بن عبد السلام ط/دار الكتب العلمية.

(ر)

٦٧ ـ روضة الطالبين: لأبي زكريا يحي بن شرف النووي ط/دار الكتب العلمية.
٦٨ ـ الروض الزاهر في إسناد الحبس: للإسلام الباهر للشيخ محمد السنوسي ط/ المطبعة الرسمية بتونس.

(ش)

٦٩ ـ شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لشمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي ط/شركة العبيكان بالرياض.
٧٠ ـ شرح الرصاع على حدود ابن عرفة: لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع ط/المكتبة العلمية التونسية.
٧١ ـ شرح الخرشي على خليل: لمحمد بن عبد الله الخرشي.ط/دار صادر ببيروت.
٧٢ ـ الشرح الصغير: للشيخ أحمد الدردير ط/دار المعرفة ببيروت.

(ت)

٧٣ ـ التاج والإكليل لمختصر خليل: لأبي عبد الله محمد بن يوسف المواق ط/دار الكتب العلمية ببيروت.

٧٤ ـ تحرير ألفاظ التنبيه أو لغة الفقه: للإمام محيي الدين النووي ط/دار القلم بسوريا.

٧٥ ـ تحفة المحتاج بشرح المنهاج: شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي ط/دار احياء التراث العربي.

٧٦ ـ تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن): محمد بن أحمد القرطبي ط/دار عالم الكتب.

٧٧ ـ تفسير الطبري وهو جامع البيان في تفسير القرآن: لعماد الدين محمد محمد الطبري ط/دار الفكر.

(خ)

٧٨ ـ بحث بعنوان: خصخصة إدارة وبناء وتشغيل البنية التحتية في المملكة العربية السعودية لعبد الرحيم عبد الحميد الساعاتي مقدم لندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي في تمويل المشاريع الاقتصادية، جدة، جامعة الملك عبد العزيز، ٢ ـ ١٤٢٠/٧/٤هـ.

(غ)

٧٩ ـ غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر: أحمد بن محمد الحموي ط/دار الكتب العلمية.

* * *

عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T)
وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة

إعداد
د.عبد الستار أبو غدة
عضو المجمع
رئيس الهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة البركة المصرفية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

تمهيد:

إن عقد البناء والتشغيل والإعادة أو نقل الملكية حسب الترجمة لاسم هذا العقد والذي يرمز له بحروف (B.O.T) وبعض الباحثين يسميه (عقد البوت) شهد انتشاراً في كثير من الدول، وأصبحت تطبيقاته بديلاً عن التمويل عن طريق الموازنة العامة، أو من خلال القروض الخارجية والمعونات أو التمويل المجمع عن طريق البنوك، وذلك لدوره الحيوي في إيجاد مشروعات البنية الأساسية والتنمية.

وقد أمكن من خلال هذا العقد التغلب على العقبات التي تواجه الدول في توفير البنية الأساسية عن طريق إسهام القطاع الخاص وما يتطلبه ذلك من ضمانات وضوابط.

إن تطبيق هذا العقد ينسجم مع مبدأين اقتصاديين أساسيين:

١. إبراز مسؤولية الدولة عن توافر الخدمات الجماعية لمسؤوليتها الكاملة عنها، وتجدر الإشارة إلى أن تقديم الخدمات العامة من قبل الدولة ينطلق من منظور فكري اقتصادي، يرجع إلى فكر الاقتصاديين في القرنيين السادس عشر والسابع عشر وهو الفكر الكلاسيكي الذي أرسى دعائمه آدم سميث في القرن الثامن عشر، والفكر التعاوني والاشتراكي اللذين ظهرا في القرن التاسع عشر.

٢. تعزيز دور القطاع الخاص بما فيه البنوك لجهود الدولة في هذا المجال لتدارك أوجه النقص في الموارد المالية العامة، بحيث تستكمل عن طريق التوجه لاقتصاد السوق، والتوجه نحو التحرر من القيود التي تعوق الاستثمار وبروز ظاهرة العولمة.

وليس من المهم البحث عن التطور التاريخي لنظام (B.O.T) ولا التعرض للخصخصة وامتياز التشغيل، وإدارة المرافق العامة وامتياز الإنشاءات العامة إلا بالقدر الذي يتطلبه توضيح هذا العقد. إنما ينبغي استحضار تاريخ تطبيق هذا العقد وهو عام ١٧٨٢م في فرنسا، للحاجة إلى ذلك عند المقارنة بمعطيات الفقه الإسلامي في هذا المجال كما سيأتي مع مراعاة أن تطبيقه في ذلك التاريخ كان متداخلاً مع نظام الامتياز المطبق في إنشاء السكك الحديدية ومشاريع الماء والغاز والكهرباء والاتصالات، لكن ما لبث أن توقف تطبيقه ثم تجدد العمل به عام ١٨٣٠م.

ولأهمية هذا العقد أوصى مجمع الفقه الإسلامي الدولي بدراسته، وذلك في قراراه رقم ١٢٩ (٣/١٤) بشأن عقد المقاولة ونص التوصية[١]:

يوصي المجمع بدراسة بعض صيغ عقود المقاولات من مثل ما يسمى (B.O.T) أي: بناء وتملك وإدارة ونقل ملكية.

المقصود بالبنية الأساسية بالمفهوم الواسع:

أ ـ بنية أساسية اقتصادية وهي مجموع الخدمات التي تتولى الحكومة تقديمها والمنشآت التي تتولى تشييدها وتشغيلها، إضافة إلى الخدمات التي تعتمد على العمالة الكثيفة كجمع النفايات وتقديم خدمات النقل العامة. وتتشكل البنية الأساسية من الطرق والجسور والسدود والمطارات والموانئ والسكك الحديدية ومحطات مياه الشرب وشبكاتها، ومحطات توليد الكهرباء وشبكاتها، وشبكات الغاز الطبيعي والصرف الصحي والاتصالات ومرافقها[٢].

ب ـ بنية أساسية اجتماعية تضم خدمات التعليم والصحة والإسكان.

---

(١) قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي صفحة ٤٤٢.

(٢) البنك الدولي: تقرير التنمية في العالم. البنية الأساسية من أجل التنمية عام ١٩٩٤م مؤسسة الأهرام، مركز الأهرام للترجمة والنشر، عام ١٩٩٤ ص ٢٤.
د. محمد غازي الجلالي: نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظام عقود البناء والتشغيل والنقل، رسالة دكتوراه كلية الهندسة جامعة عين شمس القاهرة ٢٠٠٠ ص ٨، ٩.

وقد سبقت الإشارة إلى أن تامين هذه البنية الأساسية بنوعيه يمكن أن تقوم به الدولة (القطاع العام) عن طريق:

- الموازنة العامة للدولة.
- القروض العامة الخارجية.
- المنح والمعونات الخارجية.
- سندات صكوك الاستثمار الحكومية.
- التمويل الجزئي من المستخدمين من خلا ل الرسوم، أو من خلال برنامج مشترك مع القطاع الخاص.

كما يمكن أن تمول خدمات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص بطريقة أخرى عبر عقد الـ (B.O.T) مثل:

- إنشاء المرافق بجهود ذاتية وتسليمها للدولة لإدارتها.
- إنشاء المرافق بجهود ذاتية وإدارتها أيضاً من القطاع الخاص.
- التمويل عن طريق البنوك وبخاصة البنوك الإسلامية بصيغ مشروعة مثل: المشاركة الثابتة، والمشاركة المتناقصة، وصكوك الاستثمار، وصناديق الاستثمار[١].

التعريف بعقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) البوت:

لا بد من الإشارة في إطار التعريف بعقد البناء والتشغيل والإعادة إلى أن هناك صوراً عديدة لهذا العقد تشكل (عائلة B.O.T) وعماد هذه الصور هي الصورة الأساسية (B.O.T) أما الصور الأخرى فسيأتي التنويه بها لاحقاً لاستكمال التصور من خلال المقارنة بين الصور الأساسية وبقية الصور.

---

(١) رشدي صالح عبد الفتاح، التمويل المصرفي لمشروعات البنية التحتية بنظام B.O.T 97 نشر اتحاد المصارف العربية ٢٠٠٦م الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية ومن مراجعه هاني سري ومحمد عبد الحليم عمر، الجوانب الشرعية لنظام B.O.T.

ومصطلح (B.O.T) يتكون من ثلاث كلمات يرمز إليها بهذه الحروف وهي:

- البناء أو الإنشاء Build ورمزها B.
- التشغيل أو الإدارة Operate ورمزها O.
- الإعادة أو التسليم Transfer ورمزها T[(١)].

وقد تعددت التعاريف لهذا العقد، حتى بلغت في بعض الأبحاث خمسة عشر تعريفاً[(٢)] ونقتصر منها على تعريفين.

تعريف منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو (UNIDO):

هو نظام تعاقدي بمقتضاه يقوم القطاع الخاص بتنفيذ الإنشاء (شاملا التصميم والتمويل) لمشروع بنية أساسية وإدارته والاحتفاظ به، وفي خلال فترة الإدارة المحددة يحق له الحصول على مقابل الخدمات التي يقدمها من عوائد ورسوم وحقوق ملكية، بحيث لا تزيد عن المتفق عليه والمحدد في العقد ليتمكن القطاع الخاص من استرداد استثماراته ومقابل تكاليف الإدارة والصيانة للمشروع، بالإضافة إلى عائد مناسب. وفي نهاية المدة يقوم القطاع الخاص بنقل الملكية إلى الجهة الحكومية أو جهة خاصة أخرى جديدة من خلال مناقصة عامة[(٣)].

---

(١) هناك ملاحظة لا بد من التبكير بعرضها، وهي أن T هي رمز للإعادة والتسليم ليس لنقل الملكية إلى الدولة مانحة امتياز المشروع فهو ينشأ على ملكها ويثبت في ذمة المتعاقد على التنفيذ وفي النهاية (بعد إتمام المشروع وإدارته لاسترداد المقابل) يسلم أو يعاد للدولة وليس هذا تمليكاً لها وهذا ينسجم مع مقتضى عقد الاستصناع حيث إنه بعد التنفيذ لا يحتاج لتمليك المصنوع بل التسليم.

(٢) تنظر تلك التعريفات في (التمويل المصرفي لمشروعات (B.O.T) د. رشدي صالح عبد الفتاح ص ١٢٣ ـ ١٢٩ (مرجع سابق).

(٣) التمويل المصرفي لمشروعات البنية التحتية (مرجع سابق) ومصادره هي:
د. محمد الجلالي: نجو بناء نظام متكامل. مرجع سابق ص ٢٢.
د. محسن الخضيري: مشروعات الامتياز مقابل حق الانتفاع المركز الدولي للدراسات ـ الإسكندرية ـ ٢٠٠٠ Walker and others prevaitized infra strcture p 191 - 195.

وقد استخلص أحد الباحثين تعريفاً مختاراً لمفهوم (البوت) في ضوء التعريف والمفاهيم المتنوعة المعطاة لهذا العقد وهو: B.O.T امتياز تمنحه الدولة أو إحدى هيئاتها لمستثمر فرد أو شركة وطنية أو أجنبية يتم بمقتضاه تدبير التمويل اللازم لإنشاء أو تطوير وإدارة وتقديم خدمات أحد مرافق البنية الأساسية للمنتفعين مقابل الحصول على عوائد لمدة محددة تنتهي بتسليمه لها في حالة صالحة لاستمراره أو تجديد العقد مرة أخرى.

الصور الآخرى من عائلة (B.O.T):

وفيما يلي سرد موجز لبقية صور عقد (B.O.T) لمجرد المقارنة، علماً بأن هناك مشروعات في بلاد متعددة طبقت فيها إحدى تلك الصور، بحسب ما يتم الاتفاق عليه بين الدولة وبين منفذ المشروع، وقد اختلفت الحروف المرموز إليها لكل صورة تبعاً لخصائصها والتسمية التي تطلق عليها:

البناء ـ التشغيل ـ نقل الملكية	Build - Operate - Transfer	B.O.T

وهو موضوع البحث.

البناء ـ التملك ـ التشغيل ـ نقل الملكية	Build - Own - Operate - Transfer	B.O.O.T

يتميز عن النوع الأساسي بأن فيه نقل ملكية المشروع مؤقتاً للجهة المنفذة.

التصميم ـ البناء ـ التمويل ـ التشغيل	Design - Build - Finance - Operate	D.B.F.O

وفيه يتولى منفذ المشروع تصميمه، ويتولى تمويله وتشغيله بمبادرة منه بعد الاتفاق.

البناء - التأجير ـ نقل الملكية	Build - Lease - Transfer	B.L.T

وفيه تظل الملكية القانونية للدولة ويقوم منفذ المشروع باستئجاره منها وإعادته إليها بعد انتهاء مدة الإجارة.

التأجير ـ التجديد ـ التشغيل ـ نقل الملكية	Lease - Renovate - Operate - Transfer	L.R.O.T

وفيه تستأجر الجهة المنفذة للمشروع قائماً وتتولى تجديده وتشغيله وتحصيل عوائده ثم تعيده للدولة في نهاية مدة الإجارة.

البناء ـ نقل الملكية ـ التشغيل	Build - Transfer - Operate	B.T.O

وهو أيضاً يتعلق بمشروع تقوم بإنشائه الدولة وتسلمه للقطاع الخص لتشغيله وإدارته مع تحصيل عوائد.

البناء ـ الملكية ـ التشغيل	Build - Own - Operate	B.O.O

وفيه يتولى القطاع الخاص التصميم والإنشاء والإدارة بموافقة الدولة، ويظل المشروع مملوكاً للجهة المنفذة، وهو ملائم لمشروعات مؤقتة تصبح بعد فترة عديمة القيمة، وهو من قبيل الخصخصة أو الملكية دون الإعادة.

التحديث ـ التملك ـ التشغيل ـ نقل الملكية	Modernize - Own - Operate - Transfer	M.O.O.T

تستخدم هذه الصورة في مشروع قائم يراد تحديثه وتطويره بتقنية ليست متاحة لدى الدولة ويتملكه منفذ المشروع مع اقتسام العوائد بينه وبين الدولة إلى حين إعادتها.

إعادة التأهيل والتشغيل ونقل الملكية	Rehabitate - Own - Transfer	R.O.T

تستخدم هذه الصورة في مشروعات متعثرة حيث يتولى القطاع الخاص إعادة هيكلتها وهي تشبه الصورة الثانية.

R.O.O	Rehabitate - Own Operate	إعادة التأهيل والملكية والتشغيل

تشبه الصورة السابقة لكن المشروع لا يعود للدولة مرة أخرى وهو من قبيل الخصخصة.

B.O.R	Build - Operate - Renewal of concession	البناء التشغيل وتجديد الامتياز

في هذه الصورة يتم تجديد الامتياز للمشروع الذي أقامه القطاع الخاص وإدارته وهي تتضمن وعداً بالتجديد بنفس الشروط أو بشروط أخرى محددة في الوعد.

B.T.L	Build - Transfer - Lease	البناء ـ نقل الملكية ـ التأجير

يتولى القطاع الخاص إنشاء المشروع الذي تكون ملكيته للدولة ويستأجره منها.

D.B.O.T	Design - Build operate - Transfer	التصميم ـ التشغيل ـ التمويل ـ نقل الملكية

وهي تشبه الصورة الأساسية إلا أن المنفذ يتولى التصميم.

B.L.T	Build - Lease - Transfer	البناء ـ نقل الملكية ـ التشغيل

وفيها يقوم المستثمر بإنشاء المشروع لحساب الدولة ثم يستأجره لمدة معينة يعيده بعدها إليها.

B.O.L.T	Build - own - Lease - Transfer	البناء التملك ـ التأجير ـ التحويل

تقوم الجهة المستثمرة ببناء المشروع وتملكه لفترة استئجاره فترة ثانية (؟!) ثم تعيده للدولة في نهاية المدة.

D.P.B.L.T	Design - Promotion - Build - Lease - Transfer	التصميم ـ الترويج ـ البناء ـ التأجير ـ التحويل

تقوم الجهة المستثمرة بتصميم المشروع والترويج له وإنشائه واستئجاره من الدولة لفترة ثم تعيده لها بعدها.

الشراء ـ البناء ـ التشغيل	Purchase - Build - Operate	P.B.O

تقوم الجهة بشراء مشروع أنشئ بمعرفة الدولة ثم تشغله ولا يعود للدولة وهو يشبه الخصخصة

ولا يخفى ما بين هذه الصور من تداخل وتشابه، لكنها تم اعتمادها والعمل بها، ولا مشاحّة في الاصطلاح.

بيان خصائص عقد البوت (B.O.T):

١. عقد الـ (B.O.T) ليس كالعقود الأخرى التي تتم بين طرفين لهما مطلق الحرية في تحديد الالتزامات والحقوق لهما بل هو عقد يعتمد على النظم الصادرة بشأن الامتيازات والمتعلقة بالمرافق العامة والإدارة العامة وقواعد تقديم الخدمات العامة.

٢. للمرافق العامة قواعد قانونية أخرى لتحقيق مصالح الجمهور بعيداً عن الاحتكار وتلك القواعد تندرج في عقود الإذعان لعدم إمكانية التغيير لها.

٣. هناك تطورات مستجدة في عقود التزامات المرافق العامة وخصوصاً في مجال المعلومات والاتصالات، وهذه تتطلب التغيير المستمر في القواعد القانونية والتشريعية المنظمة للقطاعات العامة.

الأطراف ذات الصلة بعقد الـ (B.O.T) والعلاقات بينهما[١]:

هناك عدة أطراف يشملها عقد الـ (B.O.T) وفيما يلي إجمالا وهي: الدولة، والشركة المنفذة والمستخدمون للمشروع.

---

(١) التمويل المصرفي لمشروعات (B.O.T) (مرجع سابق).

أولاً: حقوق وواجبات الدولة (أو الجهة مانحة الامتياز) لعقد الـ (B.O.T):

التزام الإدارة بتنفيذ العقد وفقاً لما تم الاتفاق عليه مع صاحب حق الامتياز، مع توافر مبدأ حسن النية، واحترام شروط العقد بقيامها بتنفيذ التزاماتها وتسهيل قيامه بإنشاء وإدارة المشروع بمجرد إبرام العقد، ومنها إصدار التراخيص والموافقات اللازمة واحترام المدد المقررة والمتفق عليها في العقد.

- حق الجهة مانحة الامتياز في الرقابة على أداء المشروع لخدماته وفق ما تم الاتفاق عليه:

- حق جهة الإدارة في استرداد المشروع قبل انتهاء مدة العقد إذا أخل الملتزم بواجباته التي تم الاتفاق عليها، وحقها في تعديل العقد أو توقيع جزاءات نظير هذا الإخلال.

ثانياً: حقوق وواجبات منفذ عقد الـ (B.O.T) «شركة المشروع»:

هناك حقوق وواجبات لمنفذ عقد الـ (B.O.T) بموجب مقتضى العقد بينه وبين الجهة المانحة، بالإضافة إلى القواعد القانونية العامة المنظمة لذلك وتتمثل هذه الحقوق والواجبات فيما يلي:

- الحصول على المقابل المالي للعقد مقابل تنفيذ المشروع وإدارته وتقديم خدماته.

- يراعى في (B.O.T) ضمان التوازن المالي للعقد، المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري فإذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك.

- عدم جواز التنازل عن العقد إلا بموافقة الجهة مانحة الالتزام.
- الالتزام بتشغيل المشروع وتنفيذه وفق المواصفات المتفق عليها.
- الالتزام بإجراء الصيانة اللازمة للمشروع، وأيضاً نقل التكنولوجيا وتدريب العاملين عليها.
- مراعاة القواعد الأساسية في تشغيل وإدارة المشروع، ومنها مبدأ المساواة أمام المنتفعين بخدماته.

حقوق وواجبات المستخدمين للمشروع[1]:

- سداد المقابل المادي للانتفاع بالخدمة.
- عدم المغالاة في أسعار الخدمات التي يؤديها المرفق تحت إدارة الملتزم، وقضية التسعير يتم الاتفاق عليها مع الجهة مانحة الالتزام من البداية مدى حرية الملتزم وحدوده في التسعير.
- أن يؤدي المشروع خدماته إلى المنتفعين حسب ما تنص عليه شروط العقد المبرم بينه وبين الجهة مانحة الالتزام، وطبيعة العمل المنوط به تنفيذه وما ينظمه من قوانين مع ضمان مبدأ المساواة بين المنتفعين . . .

❋ ❋ ❋

---

(١) المستخدمون ليسوا طرفاً في العقد ولكن يحق لهم اللجوء الى الجهة مانحة الامتياز أو القضاء في حالة إخلال الملتزم بواجباته.

ملاءمة عقد البوت (B.O.T)
في استئجار أراضي الأوقاف لاتفاقه مع طبيعتها

إن عقد (B.O.T) ملائم للتطبيق في استثمار وتطوير الأراضي الوقفية بسبب الطبيعة الخاصة بها، وهي منع التملك والتمليك لها بعد جعلها وقفاً لا يباع ولا يشترى ولا يجوز التصرف إلا في منافعه، أما أصله فهو محبوس على ملك الله تعالى.

وإذا روعي أن التخريج الفقهي الواضح لهذا العقد بأنه استصناع فإن المستصنع يملك المصنوع وهو في ذمة الصانع، والمستصنع هنا جهة الوقف على سبيل الحيازة والتصرف الملائم للوقف فيتم البناء هكذا.

ويحصل التشغيل بإدارة الوقف، وهو الشأن فيمن يتولى النظارة ثم عليه تقع الإعادة إلى جهة الوقف.

ملاءمة (البوت) لإنشاء المرافق:

أما بالنسبة للمرافق العامة فهو ملائم لإبعاد الصفة التجارية عنها وحمايتها من التحكم والاحتكار أو عدم المساواة في الحصول على خدماتها ومنافعها.

في حين أن تطبيق عقد (B.O.T) في استثمارها وتطويرها أو إنشائها يبقى على صفة العمومية لها ويساعد على تنميتها دون تحميل الدولة تكاليف مالية.

* * *

تقييم عقد البوت (B.O.T) الإيجابيات والسلبيات

الإيجابيات:

إن عقد الـ (B.O.T) كغيره من الصيغ له ايجابيات وسلبيات والمهم ما هو الغالب منهما.

فمن ايجابيات هذا العقد:

١. توفير البنية الأساسية بموارد من القطاع الخاص بما له من مزايا تفوق ظروف القطاع العام وإجراءاته، وبذلك تتحقق عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

٢. الانسجام مع الاتجاه العالمي الحالي من حيث التوسع في مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية.

٣. إيجاد وسيلة للحد من تزايد المديونية الخارجية وما تجره من مشكلات اقتصادية وأحياناً سياسية بما تفرضه الجهات الدائنة من متطلبات تكون أحياناً في غير صالح الدولة.

٤. وسيلة متاحة لمعالجة عجز الموازنة العامة، وما يستتبع من تضخم وآثار سلبية في صورة العجز الكلي على الاقتصاد القومي.

٥. المساعدة على جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة المتعلقة بالمشروعات وغير المباشرة المنشطة للسوق المالية الحالية ويعتبر (B.O.T) مرغوباً للمستثمر الأجنبي لتوليه الإدارة والملكية أحياناً.

٦. تحقيق مكاسب لكل من مقدمي الخدمات والمستفيدين منها بما يحقق كفاءة التشغيل وتحسين الخدمة ورفع مستوى المعيشة والإسراع في التنمية[١].

---

(١) التمويل المصرفي للمشروعات (B.O.T) (مرجع سابق) ٢٠٥ ـ ٢٢٦ ومراجعه الواردة في ص ٢٦٧.

السلبيات:

أما سلبيات (B.O.T) فهي كثيرة في تعدادها، لكنها مرهونة بحداثة التطبيق لهذا العقد، وعدم مواكبة التنظيم الحكومي له، وهي قابلة لإيجاد الحلول لها. وقد شرعت بعض الدول فعلاً بمعالجة تلك السلبيات للاستفادة المثلى من تطبيق (B.O.T).

وقد يحصل الغرض من سرد أهم تلك السلبيات الغنية عن الشرح، والاكتفاء بتوضيح المراد من بعض العبارات الدالة عليها:

١. قضية الأمن القومي بسبب سيطرة القطاع الخاص أو المستثمر الأجنبي على بعض المشروعات الاستراتيجية كالمطارات والطرق.

٢. الفترة المحددة لمنح الالتزام حيث إنها أطول من اللازم حينما تحدد بـ ٩٩ عاماً كما هو الغالب وهو أمر قابل للتعديل.

٣. إعداد العقود وهي حزمة من العفو ولمدة طويلة ولالتزامات متعددة، وتقوم على منع المنافسة بما يشبه الاحتكار.

٤. التكنولوجيا وهي متطورة ولا يمكن مواكبتها للعمر الطويل لمشروعات (B.O.T) وتعالج بشروط تطويرها دائماً.

٥. التنمية البشرية والكوادر والخبرات الوطنية غالباً تحرم من الإدارة والخبرة إذا كان المنفذ جهة أجنبية حيث تفضل عمالتها الخارجية.

٦. التنفيذ والإعداد والرقابة أيضاً غالباً تكون باستشارات وخبرات أجنبية.

٧. قضية التسعير، حيث تحرص الجهة المنفذة على الربحية العالية، وتتم معالجة ذلك بتجديد أسعار الخدمة.

٨. صيانة الأصول الرأسمالية للمشروعات بمستوى ملائم مهما زادت المدة.

٩. التكاليف غير المباشرة كثيراً ما تقع المبالغة فيها بسبب صلتها بالخبرات الدقيقة غير القابلة للتقييم السليم.

١٠. النواحي القضائية المتعلقة بطبيعة العقد الذي يشترط الجهات المنفذة الأجنبية ربطها بجهات قضائية دولية.

١١. قضية المكون المحلي يتم إهمالها في حالة المستثمر الأجنبي وهذا يعوق التنمية البشرية المحلية.

١٢. تعدد جهات الاختصاص تبعاً لطبيعة المشروع حيث تتعدد الموافقات المطلوبة والتراخيص من جهات عديدة.

وعوداً على بدء فإن هذه السلبيات لا تتصل بجوهر عقد (B.O.T) وإنما بالممارسات المحلية ولا سيما في البلاد النامية التي تعتمد في التنفيذ على خبرات أجنبية.

❋ ❋ ❋

التخريج الفقهي لعقد (B.O.T) وتمييزه عما يشبهه

تخريجه في فقه السلف والمذهب المالكي:

من الجدير بالتنويه أن عقد (B.O.T) قد سبق التطرق لتخريجه الفقهي منذ العقود الأولى (عهد التابعين) وذلك ما جاء في مصنف ابن أبي شيبة[1]:

حدثنا محمد بن أبي عدي عن ابن عون: كان محمد يكره أن يستأجر العرصة، فيبني فيها من أجرها.

وجاء عند المالكية في البيان والتحصيل لابن رشد: قال ابن القصار في رجل قال لرجل: أعطني عرصتك هذه أبنيها بعشرة دنانير أو بما دخل فيها، على أن أسكنها في كل سنة بدينار، حتى أو في ما غرمت فيها وأصلحت. قال: إن سمي عدة ما يبنيها به، وما يكون عليه في كل سنة فذلك جائز وإن لم يسم فلا خير فيه.

وواضح أن هذه الصورة مطابقة لعقد (B.O.T) ففيها استصناع بثمن يستوفى من الانتفاع بالمصنوع مدة تكفي لاسترداد ما دفعه الصانع.

تخريجه في ندوات البركة:

وقد عرض موضوع (B.O.T) في ندوة البركة الثالثة والعشرين تحت عنوان (استصناع المشروعات مقابل استثمارها قبل التسليم (B.O.T) وصدرت بشأن ذلك الفتوى التالية:

أ ـ التأكيد على الأهمية البالغة لصيغة استصناع المشروعات مقابل استثمارها قبل التسليم (B.O.T) بالنسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، ولصلتها بقطاع الخدمات وليس في هذه الطريقة جهالة

---

(١) المصنف لابن أبي شيبة ٢٧٨/٧ باب الرجل يستأجر الدار وغيرها.

أو غرر إذا طبقت فيها العقود المقترحة، لأن ثمن الاستصناع معلوم بالمبلغ المحدد، أو بالمنفعة المعلومة مهما كان إيراد استثمارها.

ب - يمكن أن تطبق طريقة الإنشاء للمشروعات نظير استثمارها قبل التسليم من خلال أحد العقود الشرعية التالية:

- عقد استصناع تكون فيه منفعة استثمار المشروع مدة معينة هي ثمن الاستصناع وذلك بعد تمكين المستصنع من تسليمها ودخولها في ضمانه بالقبض الحكمي، والمنفعة تصلح أن تكون ثمناً او عوضاً في عقود المعاوضات . . .

- عقد استصناع بثمن معين مؤجل، مع إبرام المستصنع عقد تأجير مع الصانع إجارة موصوفة بالذمة لمشروع يتم وصفه بصورة مطابقة للمشروع المصنوع ويتم دفع الأجرة من خلال استثمار الصانع (المستأجر) للمشروع بموجب عقد الإجارة ويمكن أن تجري المقاصة بين ثمن المشروع المصنوع وبين الأجرة المستحقة للمستصنع (المؤجر) على الصانع (المستأجر).

- عقد استصناع يحدد فيه الثمن بما يغطي تكاليف المشروع والعائد المستهدف للصانع، مع توكيل المستصنع للصانع بإدارة المشروع وتشغليه حتى يستوفى الثمن المحدد في عقد الاستصناع وذلك بعد تمكين المستصنع من تسلمه ودخوله في ضمانه(١).

وكانت الندوة الثالثة عشرة للبركة قد تعرضت لهذا العقد بمناسبة البحث في (عقد الامتياز والتكييف الشرعي) وجاء في الفتوى بشأنه ما يلي:

يختلف التكييف الشرعي لعقود الامتياز تبعاً لمحل العقد (وهو المشروع الذي يبرم العقد لإنجازه).

(١) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي ص ٢٩٨ - ٢٩٩.

أ ـ فإذا كان محل عقد الامتياز إقامة مشروع فيه مبان ومعدات تتطلب أموالاً تزيد كثيراً عن قيمة الأرض، وذلك كبناء جسر أو إنشاء محطة كهرباء أو مياه، أو تعبيد طريق فإن العلاقة بين الدولة مانحة الامتياز وصاحبة الامتياز يمكن أن تكون علاقة استصناع والثمن فيه هو الانتفاع بالمشروع مدة معلومة. ولا بد أن تكون رسوم الانتفاع عادلة وغير مجحفة بمستخدمي المشروع.

ورأى بعض الفقهاء المشاركين أن الأولى تحديد ثمن الاستصناع بمبلغ معين يغطي تكاليف المشروع وربح صاحب الامتياز، مع تمكينه من استغلاله المدة التي يحصل بها على ذلك المبلغ. أما تمييز هذا العقد عما يشبه فهو مختلف عن عقد الامتياز بأن هذا الأخير يختلف مجال تطبيقه بين إقامة المشروعات والتنقيب عن المعادن أو المياه . . . إلخ وقد تعرضت له ندوة البركة الثالثة عشرة أيضاً في بقية القرار السابق بيانه وجاء فيه ما نصه.

ج ـ وإذا كان محل عقد الامتياز التنقيب عن المعادن فإن التكييف الشرعي المناسب هو أن يكون العقد من قبيل إجارة الأرض بجزء مما يخرج منها، وذلك قياساً على المزارعة ببعض الزرع.

د ـ يمكن تكييف بعض عقود الامتياز على أساس المشاركة المتناقصة بين الدولة وصاحب الامتياز، بحيث يتم التنفيذ بمساهمة من الطرفين، ثم تشتري الدولة حصة صاحب الامتياز تدريجياً باتفاق آني عند شراء كل حصة.

ملاحظة: هذه التخريجات إنما هي في الإطار العام ولا بد من النظر في كل عقد على حدة والتدقيق في محتوى بنوده ولتحديد التكييف الصحيح له.

تخريجه في المعايير الشرعية للمجلس الشرعي:

وقد صدر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة

للمؤسسات المالية الإسلامية، القرار رقم[1] بشأن الاستصناع والاستصناع الموازي، عند الكلام عن ثمن الاستصناع الفقرة التالية التي تنظم عقد (B.O.T) ونصها:

«يشترط أن يكون ثمن الاستصناع معلوماً عند إبرام العقد، ويجب أن يكون نقوداً، أو عيناً أو منفعة لمدة معينة، سواء كانت منفعة عين أخرى أم منفعة المصنوع نفسه. وهذه الصورة الأخيرة تصلح للتطبيق في حال منح الجهات الرسمية عقود امتياز نظير الاستصناع بالمشروع لمدة معينة. (Build Operate Transfer).

تخريجان لبعض الباحثين:

وقد نحا بعض الباحثين منحيين آخرين في التخريج الفقهي لعقد (B.O.T):

أحدهما: المصلحة المرسلة.

(والآخر): إنه عقد مستحدث أو عقد مركب يندرج في مشروعية أي عقد تتحقق فيه الضوابط الشرعية.

(والمنحى الأولى هو ما يراه د.محمد عبد الحليم عمر انطلاقاً من مقصود الشريعة والتي يمكن تلخصيها فيما عبر الماوردي بقوله: «الإمامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا» ومن سياسة الدنيا توفير الخدمات للمواطنين من خلال إنشاء المرافق والمشروعات العامة وتشغيلها لمصلحتهم، ويجوز أن تعهد الحكومة إلى احدى الجهات بإنشاء واستغلال مرفق عام ذا دخل بمقابل يدفعه للملتزم يتناسب مع مصلحة المواطنين[2].

والمنحى الثاني هو ما رآه الدكتور حسن يوسف داود، وهو أن

---

(١) المعايير الشرعية ص ١٧٦.

(٢) د. محمد عبد الحلم عمر الجوانب الشرعية الاقتصادية لنظام (B.O.T) الحلقة النقاشية ١٧ مركز صالح كامل القاهرة ٢٠٠٠ ص١٣.

(B.O.T) جائز شرعاً، إما باعتباره عقداً مستحدثاً تتوافر فيه ضوابط العقود الشرعية، أو باعتباره عقداً مركباً من عدة عقود لا يوجد في أي منها مانع شرعي وتعد مشروعات البنية الأساسية من الأولويات لأنها تهدف إلى توفير المرافق العامة الضرورية للمسلمين بالإضافة إلى إمكانية اشتراك أكثر من مصرف واحد في تمويلها وتهدف إلى استثمار موارد المصارف وصالح الدولة ويمكن أن يقدم التمويل في صورة متعددة[١].

تكييف شرعي آخر لعملية (B.O.T) على أساس الجعالة:

بالإضافة إلى التكييف الشرعي السابق لعملية (B.O.T) على أساس الاستصناع، كما انتهت له ندوة البركة، والمعايير الشرعية فيبدو لي أنه من الممكن تكييفه شرعا على أساس الجعالة.

وقبل شرح هذا التكييف أورد بيانات موجزة عما جاء عن الجعالة في المذهب المالكي، وهو أكثر المذاهب اهتماماً بها.

(قال ابن رشد (الجد)[٢] (الجعل أصل في نفسه كالقراض والمساقاة لا يقاس على الإجارة ولا تقاس الإجارة عليه وإن أخذ شبهاً منها والأصل في جوازه قول الله عز وجل: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ۝٧٢﴾[٣] وقول النبي ﷺ يوم حنين «من قتل قتيلاً فله سلبه»[٤] وقوله يوم بدر «من فعل كذا وكذا ومن فعل كذا وكذا فله كذا وكذا» وإن كان مالك قد كره ذلك فإنما كرهه لئلا تفسد نيات الناس في الجهاد لا أنه عنده حرام، وقوله ﷺ للنفر من أصحابه الذين رقى أحدهم سيد حي من أحياء العرب مروا بهم، من لدغة لدغ بها، على قطيع من الغنم، فرقاه، فكأنما نشط من عقال، فسألوه عن ذلك: «قد

---

(١) د. حسن يوسف داود المصارف الإسلامية والتنمية الصناعية دار الفكر العربي ١٩٩٨ ص ٢٩.

(٢) البيان والتحصيل ٤٠١ ـ ٤٠٢.

(٣) يوسف ٧٢.

(٤) رواه أبو داود عن أنس كما في منتقى الأخبار ورجال إسناده رجال الصحيح ونصه: فقتل أبو طلحة عشرين رجلاً وأخذ أسلابهم.

أصبتم، اقتسموا واضربوا لي معكم بسهم».

ولجوازه أربعة شروط متفق عليها، وهي:

١. أن يكون الجعل معلوماً.

٢. وأن لا يُنقد.

٣. وأن لا يضرب له أجل.

٤. وأن لا يكون للجاعل فيه منفعة إلا بتمامه.

٥. وشرط خامس مختلف فيه وهو أن يكون للجاعل فيه منفعة إذا تم.

وهذه الشرائط كلها موجودة في المقارنة على الجعل، فموجب أن يجوز ثم قال ابن رشد رداً على من أورد على الجعالة استمالتها على الغرر: وأما الجعل فقد جوزته السنة، وأجازته الشريعة على ما فيه من الغرر على الشروط التي ذكرناها وليس من شروط صحته ما ذكره من أنه لا يجوز إلا في اليسير وإن كان قد قاله عبد الوهاب وغيره، بل يجوز في اليسير والكثير إذا لم يكن للجاعل فيه منفعة إلا بتمامه.

أما التخريج الشرعي لعملية (B.O.T) على الجعالة فهو أن الجهة المانحة لامتياز المشروع هي الجاعل، وأن المنفذ له هو العامل، وهذان الطرفان في عقد الجعالة لا يحتاجان لمزيد من البيان.

أما محل الجعالة فهما إنجاز البناء، والجعل إما إنجاز البناء فهو حتى يبلغ الغاية المستهدفة منه وهو تحقيق الغرض من المشروع: إن كان مرفقاً فإنه يصلح للاستخدام أو طريقاً فإنه يصلح للاستطراق، أو جسراً فإنه يصلح للعبور . . . إلخ.

فأما الجعل فهو هنا ليس نقوداً، ولا أعيانا إنما هو منفعة، والمنفعة تصلح أجرة أو جعلاً وهي هنا منفعة المشروع نفسه حيث توضع تحت تصرف العامل ـ وهو الجهة المنفذة للمشروع ـ ليحصل من منافع محل الجعالة على ما يقابل جهده.

وقد صرح صاحب المغني بأن «الأجرة يصح أن تكون عيناً أو منفعة» والجعل كالأجرة في هذا كما لا يخفى.

وبما أن الجعل يشترط معلوميته بخلاف العمل إذ تغتفر جهالته مع تحديد الغرض منه فإن هذه المعلومية تتحقق بتجديد مدة الانتفاع.

على أنه يمكن هنا ـ كما سبق في التكييف بالاستصناع ـ أن يحدد الجعل بمبلغ مع تمكين الجهة المنفذة من تشغيل المشروع إلى أن تحصل على ذلك المبلغ، وفي هذه الحالة المعلومية بالمبلغ، وفي تلك الحالة المعلومية بمدة الاستصناع.

***

تمييز عقد (B.O.T) عما يشبهه

تبين مما سبق أن عقد (B.O.T) هو عقد عمل مع تأمين مواد، لإنشاء المشروعات وإقامة المرافق، أو لإدارتها، وهو في هذا يشبه عقود الامتياز، وعقود الإدارة.

مقارنته بعقود الامتياز:

وعقود الامتياز أنواع:

- فهناك امتياز استغلال المعادن وما في معناها، وصلة (B.O.T) بهذا النوع غير قائمة لأن موضوعه استخراج المعادن وحصول صاحب الامتياز على حصة منه، أو على مقابل مستقل، وليس فيه العناصر الأساسية من البناء والتشغيل والإعادة.
- وهناك امتياز إنشاء المشروعات وهو شديد الصلة بعقد (B.O.T) بل هناك تلازم بينهما.

وفيما يلي جاء عن هذا الامتياز في المعايير الشرعية ما فيه الكفاية[1].

عقد امتياز الإنشاء هو عقد بين الدولة وطرف آخر لإقامة مشروع يتعلق غالباً بالمرافق العامة يتم إنشاؤه بمواصفات معينة.

صور امتياز الإنشاء:

أن ينشئ الحاصل على الامتياز مشروعاً بمواصفات معينة على أرض للدولة يكون مملوكاً لها، وتكون منافعه مملوكة لصاحب الامتياز مدة معينة تعود بعدها للدولة.

(١) المعايير الشرعية رقم ٢٢ بشأن عقود الامتياز الفقرة ٦.

أن ينشئ الحاصل على الامتياز مشروعاً بمواصفات معينة يكون ملكاً له ولكن على أرض للدولة وينتفع به مدة معينة ثم يملك إنشاءات المشروع إلى الدولة.

أن ينشئ الحاصل على الامتياز مشروعاً بمواصفات معينة على أرض للدولة وتكون إنشاءات المشروع أيضاً ملكاً لها، ويشتركان في إيرادات المشروع حسب الاتفاق، وذلك طوال مدة محددة يتم بعدها تمليك المشروع إلى الحاصل على الامتياز.

وفي الحالات الثلاث يترتب على الامتياز منح الحاصل عليه الحق في تحصيل الرسوم أو الأجور عن تقديم خدمات المشروع للجمهور.

التكييف الشرعي لعقود الامتياز:

يختلف التكييف الشرعي لعقود امتياز الإنشاء بحسب ما يأتي:

- إذا كان التزام الحاصل على امتياز الإنشاء شاملاً للعمل الإنشائي وتقديم المواد، فالعقد استصناع، وهذه الصورة الغالبة وثمنه انتفاع صاحب الامتياز بالمشروع لمدة محددة قبل تسليمه للدولة، أي: هو عقد (B.O.T).
- إذا كان المشروع منشأ على أرض مستأجرة من الدولة والأجرة تسليم المشروع إليها بعد مدة معينة فإنها إجارة للأرض والأجرة هي المشروع نفسه المسلم في الأجل المتفق عليه.

التكييف الشرعي للمقابل من عملية الإنشاء:

- في الحالة التي يتم فيها تحديد ثمن إقامة المشروع باستغلاله فالعقد من قبيل الاستصناع بثمن يتمثل في الانتفاع بالمصنوع مدة معلومة قبل تسلمه إلى المستصنع.
- في الحالة التي يتم فيها تحديد ثمن إقامة المشروع بمبلغ مالي محدد، يترك المشروع في حيازة صاحب الامتياز مدة محددة على سبيل التوثق لحقه في الحصول على الثمن من عوض منافع

المشروع، مع حقه في المقاصة بين الثمن وعوض المنافع، فإذا حصل على الثمن قبل نهاية المدة رد المشروع لمالكه وإن لم يحصل على الثمن في هذه المدة بقي حق التوثق حتى يستوفى الثمن.

تطبيق المؤسسات عقود الامتياز للإنشاء:

يمكن للمؤسسات تطبيق عقود الامتياز للإنشاء بعلاقة مباشرة مع الدولة، أو بدخولها طرفاً بين الدولة والطرف الحاصل على الامتياز، وذلك باستخدام إحدى الصيغ الآتية:

«وذكر المعيار كيفية تطبيق كل من الإجارة أو الاستصناع أو المشاركة».

مقارنته بعقود الإدارة:

أما صلة (B.O.T) بعقود الإدارة فهي واضحة لاشتمال (B.O.T) على التشغيل وهو الإدارة، وفيما يلي ما ورد بشأن عقد امتياز الإدارة في المعيار الشرعي[١].

عقود امتياز الإدارة:

تعريف امتياز الإدارة:

هي عقود بين الدولة وأشخاص آخرين يتم بموجبها منح حق إدارة مرافق أو منشآت عامة بمقابل محدد لغرض تقديم خدماتها للجمهور بما يحقق المصلحة العامة.

التكييف الشرعي لعقود امتياز الإدارة:

- إذا حدد المقابل عن منح امتياز الإدارة بمبلغ مقطوع أو بنسبة من إجمالي الإيراد فإن العقد بين الدولة وصاحب الامتياز عقد إجارة

---

(١) المعيار الشرعي رقم ٢٢ بشأن عقود الامتياز الفقرة ١٥.

وفي هذه الحالة يحق للجهة المانحة لامتياز الإدارة تحصيل رسوم عن منح الامتياز وتكون من قبيل الأجرة المقدمة، بالإضافة إلى المقابل المستحق عن مدة الامتياز.

- وإذا حدد المقابل بنسبة من الأرباح (صافي الإيراد بعد المصروفات والمخصصات) فإن العقد بين الدولة وصاحب الامتياز عقد المضاربة ورأس مالها هو أصل المرفق أو المشروع.

وفي كلتا الحالتين المذكورتين فإن العقد بين صاحب الامتياز والمستفيدين من المرفق والمشروع هو عقد إجارة أو عقد بيع حسب طبيعة النشاط.

إنهاء مدة عقد امتياز الإدارة:

امتياز الإدارة عقد مؤقت بالمدة المحددة في منحه، وهو قابل للفسخ من قبل الدولة بمخالفة صاحب الامتياز للشروط، أو إخلاله بالالتزامات المحددة في العقد، ويحق لصاحب الامتياز التخلي عنه بشرط اتخاذ الإجراءات التي يتحقق بها عدم الإخلال بأداء الخدمات للجمهور.

تحديد أسعار الخدمات:

يحق للجهة المانحة لامتياز الإدارة تحديد أسعار الحصول على الخدمات محل الامتياز، وتعديل الأسعار على نحو يحقق العدالة والمصلحة المشتركة لصاحب الامتياز والمستفيدين من خدمات المرافق أو المنشآت.

مراعاة الاشتراطات:

يحق للجهات المانحة لامتياز الإدارة أو من تنيبه: قيامها بالمراقبة والتفتيش للتثبت من مراعاة الاشتراطات والمواصفات المبينة في عقد الامتياز مع توقيع الجزاءات الرادعة عن الإخلال بها والمحددة في العقد.

بيان الحكم الشرعي في هذا العقد:

سبقت الإشارة إلى أن إنشاء خدمات البنية الأساسية التي هي المجال لتطبيق هذا العقد تتطلب أعمالاً إنشائية ومواد تستخدم في الإنشاء. وهذا شأن عقد الاستصناع في الفقة الإسلامي (أو عقد المقاولة مع قيام المقاول بالعمل وتأمين المواد).

والحكم الشرعي لعقد الاستصناع أو عقد المقاولة، هو أنه مشروع شريطة معلومية الثمن سواء عجل أو تم تأجيله أو تقسيطه. وقد صدر بشان عقد الاستصناع قرار[١] من المجمع برقم ٦٥ (٣/٧) نصه بعد الديباجة:

أولاً: إن عقد الاستصناع وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

ثانياً يشترط في عقد الاستتصناع ما يلي:

أ. بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

ب. أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة.

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقد ما لم تكن هناك ظروف قاهرة.

وقد سبق بيان إن عقد (B.O.T) هو أحد صور عقد الاستصناع أو المقاولة، وقد استوفى شروطهما، مع قبول المبدأ الشرعي الذي سبق تقريره في تكييف هذا العقد، وهو أن يكون الثمن استخدام المصنوع أو محل المقاولة قبل تسميه إلى المستصنع، وعليه فإن الحكم الشرعي لهذا العقد هو أنه مشروع.

---

(١) قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي ص ٦.

وقد أشار قرار المجمع رقم ١٢٩ (١٤/٣) بشأن عقد المقاولة والتعمير، حقيقة تكييف صوره إلى (B.O.T) مع توصية بآخر القرار، نصها:

«يوصي المجمع بدراسة بعض صيغ عقود المقاولات، من مثل ما يسمى (B.O.T) أي: بناء وتملك وإدارة ونقل ملكية».

***

المراجع

١ ـ المصنف، لابن أبي شيبة.
٢ ـ البيان والتحصيل، لابن رشد (الجد).
٣ ـ قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي.
٤ ـ المعايير الشرعية للمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية..
٥ ـ قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي.
٦ ـ التمويل المصرفي لمشروعات البنية التحتية بنظام (B.O.T)، رشدي صالح عبد الفتاح نشر اتحاد المصارف العربية ٢٠٠٦م.
٧ ـ نحو بناء نظام متكامل لاستخدام عقود البناء والتشغيل والنقل، د. محمد غازي الجلالي نشر جامعة عين شمس ٢٠٠٠م.
٨ ـ الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية، هاني سري الدين.
٩ ـ الجوانب الشرعية لعقود الـ (B.O.T) د. محمد عبد الحليم عمر.
١٠ ـ مشروعات الامتياز مقابل حق الانتفاع د.عبد المحسن الخضيري.
١١ ـ الإرشادات أو الضوابط بشان (B.O.T) منظمة اليونيدو ١٩٩٣.
١٢ ـ تقرير التنمية في العالم البنية الأساسية من أجل التنمية مؤسسة الأهرام ١٩٩٤م.
١٣ ـ المصارف الإسلامية والتنمية الصناعية د. حسن يوسف داود، دار الفكر العربي ١٩٩٨م.

❋ ❋ ❋

عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك

B.O.T

BUILD OPERATE TRANSFER

إعداد

الأستاذ الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان

ملخص بحث

عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك

B.O.T.

build operate transfer

بقلم: الأستاذ الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

فلا جرم أن للمجتمعات في الوقت الحاضر ضرورياتها، وحاجياتها، أما وقد أصبحت الحياة المدنية في العصر الحديث تتطلب إيجاد مرافق عامة ذات كفاءة عالية تعجز عنها ميزانيات الدول، وبخاصة الفقيرة فإن هذا العقد يعد نافذة للدخول إلى الحياة المدنية بكافة متطلباتها العصرية، بل إنه بمثابة الخلاص للدول والحكومات للتخفيف عنها في إيجاد البنية التحتية ذات التكلفة العالية، دون أن ترهق ميزانيتها بالديون.

عقد البناء، والتشغيل، وإعادة الملكية يرمز إليه بـ:

(b. o. t. contract) مشيراً إلى الكلمات الآتية:

بناء	b	build
تشغيل	o	operate
تحويل	t	transfe

تشير الكلمة الأولى إلى (بناء)، والثانية إلى (تشغيل)، والثالثة إلى (تحويل).

هذا النوع من العقود عادة ما يجري فيه التعاقد على مشروع من مشروعات البنية التحتية، وبعد الانتهاء منه، وإتمامه تعاد ملكيته في نهاية العقد إلى صاحبه إن كان حكومة أو مؤسسة في القطاع الخاص، ويصبح ملكاً لها.

من صلاحية الشركة المنفذة الاستفادة المالية من المشروع حسب الاتفاق، متمثلاً في ما تأخذه ممن يستفيد من مرافق المشروع، وذلك عن طريق الإجارة.

يعطي هذا العقد الفرصة للمستثمر أن يغطي تكاليف إقامة المشروع، وأجور تشغيله، وصيانته، ومن ثم الحصول على العائد الربحي المطلوب.

استطاعت بعض الدول في العصر الحديث أن تستفيد من هذا النوع من العقود، فتنهض بمرافقها العامة، وتكفل لمواطنيها حياة مريحة، وذلك بتنفيذ مشاريع كبيرة ضخمة دون أن ترهق ميزانيتها.

من الدول التي أجرت هذا العقد في إنجاز مشاريعها: الهند، كرواتيا، اليابان، تايوان، الجمهورية الصينية، ماليزيا، الفلبين، وهنج كنج.

بعض الدول مثل كندا، أستراليا، نيوزيلندا يستعملون مصطلح: (B.O.O.T) يعني هذا النوع من العقود أن تتولى الدولة نفسها إدارة المشروع، وهي اختصار: build - own - operate - transfer؛ لهذا فإن شرط تحويل المشروع إلى الحكومة في نهاية العقد محذوف من الاتفاقات منذ البداية.

يتناول البحث هذا العقد بالشرح والتحليل، وبيان الحكم الشرعي في قسمين رئيسين وخاتمة:

القسم الأول: بعنوان: التوصيف، والتعريف للعقد، وتحته ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: توصيف عقد (B.O.T) البناء والتشغيل والتحويل، ثم تعريفه.

المبحث الثاني: أطراف العقد ـ أهدافه ـ خصائصه العامة والمالية.

المبحث الثالث: معايير سلامته، وأسس نجاحه، وإيجابياته.

القسم الثاني: الدراسة الشرعية التحليلية والتخريجات الفقهية، ويشتمل على المباحث التالية:

المبحث الأول: الدراسة التحليلية ـ المقاصد الشرعية.

المبحث الثاني: التخريجات الفقهية.

المبحث الثالث: مسائل ووسائل، تضمن الموضوعات التالية:

١. مفسدات العقد وأسلوب تصحيحه شرعاً.

٢. الظروف الطارئة.

٣. تفريق الصفقة.

٤. الحل الصحيح للأوقاف عديمة الموارد.

ينتهي البحث بخاتمة تضمنت الآتي:

١) يعرف عقد (البناء، والتشغيل، وإعادة الملك) ويرمز إليه (B.O.T) بأنه: «عقد مالي يتكفل المتعاقد بإقامة مشروع، والإنفاق عليه، وتشغيله وصيانته لمدة محدودة يسترد خلالها مصاريفه، وأرباحه، ثم تسليمه لأصحابه دون عوض).

٢) موضوع هذا العقد غالباً بناء المطارات، والخطوط السريعة، والمستشفيات، ومشاريع البنية التحتية كشبكات المياه، والصرف الصحي، ومشاريع التلفونات، والكهرباء وغيرها.

٣) أصبح هذا النمط من العقود معتاداً في الدول منذ فتح قناة السويس عام ١٩٥٠م.

٤) يتميز هذا العقد بأنه يوفر مرافق مدنية للبلاد من دون إثقال ميزانية الدولة مالياً، كما أنه من إحدى السبل الناجعة لتدريب العمالة الوطنية، ونقل التكنولوجيا.

٥) لا بد لنجاح مثل هذا العقد من تحديد المسؤوليات، بشفافية تامة دون مواربة، أو مجاملة في كافة المجالات.

٦) يعد مصدراً استثمارياً مهماً يسهم في رفاهية الأمة.

٧) يحقق مصدراً لتسديد القروض من دون أية أعباء مالية على الدولة.

أثبتت الدراسة في القسم الشرعي ما يأتي:

٨) عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك بتركيبته التعاقدية ـ في الراجح ـ عقد جديد أصالة، مركب من أربعة عقود رئيسة، يتضمن عدة عقود من الباطن، وهو عبارة عن عقد المقاولة الذي أقره المجمع الدولي بجدة، وصوره بالقرار رقم ١٢٩ (١٤/٣) في الدورة الرابعة عشرة بدولة قطر، مضافاً إليه عقد الإجارة على عمل في عقدي التشغيل والصيانة.

٩) يتسع التخريج لهذا العقد في الفقه الإسلامي تخريجات أخرى مرجوحة: عقد (استصناع تغليباً)، أو قياسه على صور من إعمار الوقف الخراب عند الحنفية، أو اعتباره عقد كراء عند المالكية.

١٠) تتحقق من خلال هذا العقد الكثير من المقاصد الشرعية ومقاصد المكلفين المبنية على المصالح المعتبرة شرعاً منها: توفير المرافق المدنية للبلاد مما يسهم في راحة المجتمع ورفاهيته، تنمية المال واستثماره بطرق شرعية، جلب خبرات، وصناعات مالية، وحرفية جديدة للبلاد، أسلوب ناجع للقضاء على البطالة في المجتمع، إحكام العقد من جميع أطرافه يقطع أسباب النزاع والخصومة.

١١) يعد هذا العقد الأنسب حلاً للأوقاف الخربة عديمة الدخل حيث يحقق المقصد الشرعي من الوقف بالحفاظ على الأصول، وتحقيق مصلحة الموقوف عليهم للانتفاع به بشكل دائم.

١٢) العلاج المشروع لتفادي محظور الربا في هذا العقد هو مشاركة البيوت والمؤسسات المالية الكبيرة؛ حيث إنه الأنسب شرعاً، والأكثر ربحية، وأحسن عملاً.

١٣) أوجد الشارع الحكيم أساليب فقهية توفيقية لمنع بطلان العقد إذا حدث خلل شرعي ببعض أطرافه بحيث لا ينتقض جميعه، وذلك بتطبيق قاعدة (تفريق الصفقة) المعترف بها في أكثر المذاهب الإسلامية.

١٤) قد يتعرض المشروع لحدث طارئ لم يكن في الحسبان من غلاء، أو حدوث كارثة من الكوارث الطبيعية، سبيل الخلاص من ذلك اللجوء إلى النظرية الفقهية: (الظروف الطارئة) لإنصاف كافة الأطراف.

والله المستعان، وهو نعم المولى ونعم النصير، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

* * *

عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك

B.O.T.

build operate transfer

بقلم:

الأستاذ الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان

عضو مجمع الفقه الإسلامي بمنظمة المؤتمر الإسلامي

مقدمة البحث

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فلا جرم أن للمجتمعات في الوقت الحاضر ضرورياتها، وحاجياتها، أما وقد أصبحت الحياة المدنية في العصر الحديث تتطلب إيجاد مرافق عامة ذات كفاءة عالية تعجز عنها ميزانيات الدول، وبخاصة الفقيرة فإن هذا العقد يعد نافذة للدخول إلى الحياة المدنية بكافة متطلباتها العصرية، بل إنه بمثابة الخلاص للدول والحكومات لتحقيق ما تتطلبه الحياة المدنية لإيجاد البنية التحتية من شبكات المياه، والصرف الصحي، والطرق، وغيرها كالمستشفيات، والمطارات، دون أن ترهق ميزانيتها بالديون.

عقد البناء، والتشغيل، وإعادة الملكية يرمز إليه بـ:

(b. o. t. contract) مشيراً إلى الكلمات الآتية:

بناء	b	build
تشغيل	o	operate
تحويل	t	transfe

تشير الكلمة الأولى إلى (بناء)، والثانية إلى (تشغيل)، والثالثة إلى (تحويل). كنج.

هذا النوع من العقود عادة ما يجري فيه التعاقد على مشاريع البنية التحتية، وبعد الانتهاء منه، وإتمامه يحول إلى الحكومات في نهاية العقد، ويصبح ملكاً لها.

من صلاحية الشركة المنفذة الاستفادة المالية من المشروع حسب الاتفاق متمثلاً في ما تأخذه من كل من يستفيد من مرافق المشروع، وذلك عن طريق الإجارة.

هذا الأسلوب يعطي الفرصة للمستثمر أن يغطي تكاليف إقامة المشروع، وأجور تشغيله، وصيانته، ومن ثم الحصول على العائد الربحي المطلوب.

من الطبيعي ـ أثناء مدة العقد الطويلة ـ أن تتغير أسعار إجارة استخدام المرافق التابعة للمشروع لارتباطها بتغير الأسعار في الداخل والخارج، وبهذا يستطيع المقاول للمشروع أن يتوصل إلى نسبة ربحية مرضية لاستثمار ماله؛ فمن ثم يؤخذ كل هذا في الحسبان.

استطاعت بعض االدول في العصر الحديث أن تنهض بمرافقها العامة، وتكفل لمواطنيها حياة مريحة، وذلك بتنفيذها مشاريع كبيرة ضخمة دون أن ترهق ميزانيتها. من الدول التي أجرت هذا العقد في إنجاز مشاريعها:

الهند، كرواتيا، اليابان، تايوان، الجمهورية الصينية، ماليزيا، الفلبين، وهونج كونج.

بعض الدول مثل كندا، أستراليا، نيوزيلندا يستعملون مصطلح: (B.O.O.T) يعني هذا النوع من العقود أن تتولى الدولة نفسها إدارة المشروع، وهي اختصار:

build - own - operate - transfer

لهذا فإن شرط تحويل المشروع إلى الحكومة في نهاية العقد محذوف من الاتفاقات منذ البداية.

يتناول البحث هذا العقد بالشرح والتحليل وبيان الحكم الشرعي في قسمين رئيسين وخاتمة:

القسم الأول: بعنوان: التوصيف، والتعريف، وتحته ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: توصيف: (b. o. t.) البناء والتشغيل والتحويل، ثم تعريفه.

المبحث الثاني: أطراف العقد ـ أهدافه ـ خصائصه العامة، والمالية.

المبحث الثالث: معايير سلامته، وأسس نجاحه، وإيجابياته.

القسم الثاني: الدراسة الشرعية التحليلية والتخريجات الفقهية، ويشتمل على المباحث التالية:

المبحث الأول: الدراسة التحليلية ـ المقاصد الشرعية.

المبحث الثاني: التخريجات الفقهية:

عقد جديد أصالة ـ عقد استصناع تغليباً ـ قياسه على إعمار الوقف الخراب ـ عقد كراء.

المبحث الثالث: مسائل ووسائل تضم الموضوعات التالية:

١. مفسدات العقد وأسلوب تصحيحه شرعاً.

٢. الظروف الطارئة.

٣. تفريق الصفقة.

٤. الحل الصحيح للأوقاف عديمة الموارد.

٥. ينتهي البحث بخاتمة تتضمن خلاصة ما سبق بيانه وبالله التوفيق.

عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان
حرر في مكة المكرمة ١٤٢٩/١٢/٢٢هـ
الموافق ٢٠٠٨/١٢/١٩م

القسم الأول

التوصيف والتعريف

المبحث الأول
توصيف العقد

يمكن توصيفه بشكل إجمالي بأنه:

اتفاق بين طرفين، يتكفل أحد المتعاقدين (القطاع الخاص للقطاع العام، أو لقطاع خاص) إقامة مشروع بكافة متطلباته، ثم تشغيله لمدة محدودة، يسترد خلالها مصاريف إقامة المشروع، وأرباحه المفترضة من تأجير مرافق المشروع على العامة، ثم تسليمه لصاحبه كاملاً من دون مطالبة بعوض(١).

كانت الحكومات تضطلع بكافة المشاريع وتمويلها، الأمر الذي يرهق كاهلها، فهي المصدر الوحيد لتقديم المشاريع والخدمات العامة، وتمويلها، جاء هذا العقد بديلاً عما كانت تعانيه الدول، وتضعف عن تنفيذه.

وهو صيغة تمويلية، غالباً ما تكون مدة التشغيل عشرين عاماً، أو ثلاثين عاماً، وبعد انتهاء المدة المتفق عليها تعود الملكية لصاحب المشروع سواء من القطاع الخاص، أو القطاع العام من دون عوض(٢).

مثالان واضحان مشهوران لهذا النوع من العقود:

١. فتح قناة السويس.

٢. فتح قناة بنما.

هذان المشروعان اللذان شيدا وأصبحا مثالاً مشاهداً لهذا النوع من العقود: (bot).

---

(١) انظر: http;//moc.gov.kh/laws -regulation/ank - B.O.T.htm

(٢) انظر: http;//en.WIKIPEDIa.org/WIKI/BUILD - OPERATE - TRANSFER, P1

أصبح هذا النمط من العقود معتاداً بين الدول منذ عام ١٩٥٠م.

مشروع قناة السويس؛ قامت به شركة انجليزية وفرنسية على أساس فتح القناة، وبناء مرافقها، ومن ثم تشغيلها، على أن تعود للحكومة المصرية بعد تسعة وتسعين عاماً.

هذه الفكرة الأساس، والصورة الإجمالية لهذا العقد.

منذ آخر عام ١٩٩٠م أصبح جزءاً من الإصلاحات الحكومية السماح للقطاع الخاص أن يسهم في مشروعات البنية التحتية.

هذا التوجه الحكومي جعل الدول تصرف الأموال لما هو أكثر إلحاحاً وحاجة.

بعد ذلك أخذ هذا العقد نمطاً وطابعاً معيناً يتمثل في الخطوات التالية:

(١) يتم الاتفاق بين الحكومة وشركة خاصة أن تمنح هذه الشركة بناء مشروع معين (b)، بعد تقدير تكاليفه كاملة.

(٢) تشغيل المشروع (o) لمدة معينة، عادة من خمس سنوات إلى ثلاثين عاماً.

(٣) تسليم الشركة المشروع بعد انتهاء المدة وإعادة تمليكه إلى الحكومة (t) من غير عوض.

(٤) تتحمل الشركة بموجب هذا العقد كل تكاليف إقامة المشروع، وتمتلكه لفترة معينة قبل إعادته للحكومة كاملاً.

(٥) من الحقائق الثابتة أنه كلما كانت مدة تشغيل العقد طويلة فإنها تمكن المستثمر من استيفاء رأس مال المشروع، والحصول على الربح المقدر له.

(٦) وضع حد أدنى لجودة أدوات المشروع لدى انتهاء المدة واستلامه من المقاول؛ إذ الحقيقة أن مرافق المشروع سوف تضعف كلما طالت مدة العقد، ولكن ذلك الشرط يوجد إمكانية تحقق السلامة

والجودة المطلوبة[1].

(٧) بعض المشاريع ذات العلاقة بالبنية التحتية تتطلب عقوداً عديدة، كل عقد منها بحاجة إلى تحديد المخاطر بينه وبين بقية أطراف العقد.

(٨) سوف تظهر عدة موضوعات لدى مناقشة عقد المشروع وبقية الوثائق.

(٩) هذه هي الفكرة الأساس، والصورة الإجمالية لهذا العقد.

تعريف عقد: (b. o. t) البناء والتشغيل والتحويل: (build operation & transfer)

يمكن تعريف هذا العقد بشكل إجمالي بأنه:

(عقد مالي يتكفل المتعاقد بإقامة مشروع، والإنفاق عليه، وتشغيله وصيانته لمدة محدودة يسترد خلالها مصاريفه، وأرباحه، ثم تسليمه لأصحابه دون عوض).

❋ ❋ ❋

(١) انظر: LARRY D.QI & Susheng Wang. B.O.T Contracts: Incentives and EFFICIONCY.1.4.16.

المبحث الثاني

أطراف العقد ــ أهدافه ــ خصائصه ــ إيجابياته

أولاً: أطراف العقد:

يوجد عدد من الأطراف في هذا العقد الذين لهم علاقة بالمشروع.

الأطراف الرئيسون هم:

١. الحكومة أو من ينوب عنها: (government agency) فهو الذي يقوم بالتصديق على العقد، إضافة إلى أنه:

- يقوم بمنح الطرف الثاني المتعاقد (راعي المشروع) الموافقة على البناء، والتشغيل، وعقد الإجارة للمدة المطلوبة، وضبط كل أعمال المشروع، وخدماته.

٢. راعي المشروع: (sponsor) المسؤول عن المشروع:

عبارة عن مجموعة الماليين الراغبين في المشاركة في إقامة المشروع، والممولين له.

راعي المشروع (sponsor) ربما يأخذ شكل مؤسسة، أو شركة، أو شركة محدودة، أو مجموعة متضامنة.

تكون مسؤولية راعي المشروع (sponsor) المادية خلال مرحلة إقامة المشروع وتشغيله.

٣. الممول (المستثمر):

في المشاريع الكبيرة الضخمة غالباً ما يكون مجموعة من البنوك يقدمون قرضاً لمجموعة الراعين للمشروع (sponsor)، البنوك غالباً ما تتطلب ضماناً مالياً للمشروع، بل إن بعض البنوك يقدمون استعدادهم للإقراض لأي تكاليف زائدة لم تغطها الاتفاقية.

لا بد من تحديد القروض المالية المتوقعة للمشروع في جميع المراحل لتقدير المخاطر وتحديدها، وآثار ذلك على تلك القروض.

٤. المقاول: قد يكون شركة، وقد يكون أحد أفراد مجموعة (راعي المشروع). يقوم ببناء المشروع، وإكماله في الوقت المحدد في حدود ميزانية المشروع حسب المواصفات المتفق عليها، وهو الذي يتحمل كامل مخاطر المشروع.

٥. مقاول التشغيل والصيانة:

هو الذي يوقع العقد مع راعي المشروع على التشغيل والصيانة للمدة الطويلة للعقد، وربما يضم إليه أحد أعضاء هيئة المشروع (sponsor).

الأمر الجوهري في عقد التشغيل هو قيام المتعهد بالتشغيل، والصيانة، وتنفيذ المطلوب حسب الاتفاقية.

اتفاقية التشغيل والصيانة بحاجة إلى تحديد الواجبات المطلوبة من المتعاقد خلال مدة العقد.

٦. إعادة تمليك المشروع: transfer: من شروط إعادة تمليك المشروع للدولة (offtake agreement) الموقعة على العقد أن تشتري ناتج المشروع من الماء، أو الخدمات الطبية، أو الكهرباء بسعر يتفق عليه على كمية معينة.

ثانياً: أهداف العقد:

يهدف عقد (البناء والتشغيل، وإعادة التمليك) إلى أمور مالية واجتماعية عديدة:

(١) إقامة البنية التحتية مما يحتاج إلى تمويل مالي كبير لمشاريع ضخمة تعجز عنها ميزانيات الدول.

(٢) جذب القطاع الخاص للمشاركة في خطط التنمية، وتنفيذ

مشروعات البنية التحتية؛ إذ يتم بموجب هذا العقد تقديم القطاع الخاص رأس مال المشروع على أن يتعهد القطاع الحكومي العام بشراء الحد الأدنى من ناتج المشروع، بما يضمن لمنفذ المشروع تغطية تكاليفه أثناء التشغيل، والحصول على الربح المقدر.

(٣) يعد عقد (البناء والتشغيل وإعادة التمليك) الطريقة المثلى لإسهام المال الخاص للمشاركة في بناء المرافق العامة.

(٤) تخفيض مخاطر السوق والإقراض؛ ذلك لأن الدولة هي العميل الوحيد.

ثالثاً: خصائص العقد العامة:

يتميز هذا العقد الحديث بخصائص من أهمها:

١ ـ إقامة المشاريع الكبيرة من دون تكلفة على الدول. يلجأ إلى هذا النوع من العقود غالباً الحكومات والدول لإقامة مشاريعها الكبيرة ذات التكلفة العالية التي تعجز ميزانيتها عن تمويلها، أمثال الخطوط السريعة الطويلة، والسكك الحديدية، وشبكات المياه، والصرف الصحي للمدن، والكهرباء، والموانئ، وشبكات الاتصال، وتطوير الإسكان، والمستشفيات، والمدارس، والمطارات، وأماكن السياحة، والمدن الجديدة، ومحطات توليد الكهرباء، والسدود، والمصانع، وغيرها من المشاريع المدنية.

هذا النوع من العقود يعفي الدولة من التكاليف العالية الباهظة.

٢ ـ مشاركة الشركات الوطنية في خطط التنمية: يعطي الفرصة للشركات الوطنية للمشاركة في تنمية البلاد، وتقدم لهم الدولة فرصة ثمينة لاستثمار أموالهم مسخرة في خدمة الوطن.

٣ ـ استقطاب المهارات الفنية والكفاءات الإدارية الأجنبية: يستوجب هذا إحضار المهارات الفنية الأجنبية لإقامة المشروع. والاستعانة بالكفاءات الإدارية لإدارة المشروع لدى الانتهاء منه؛ حيث يمنح الاتفاق على إقامة المشروع العاقد المنفذ لأن يكون صاحب الحق

في إدارة المشروع لدى تمامه لمدة يتم الاتفاق عليها، وسيكون المسؤول عن كافة التكاليف التي يتطلبها المشروع.

٤ـ تقدير دخل المشروع مسبقاً: من مهمات العقد بين الطرفين وضع الأنموذج لجمع دخل المشروع، وما ينبغي اتخاذه لذلك.

٥. تسليم المشروع سليماً في نهاية العقد، على العاقد المنفذ للعقد بعد تمام مدة استثمار المشروع حسب العقد إعادته كاملاً، سليماً بجميع مرافقه للطرف الثاني، سواء كان هذا حكومة، أو أشخاصاً لهم شخصياتهم القانونية الاعتبارية، أو ذاتيتهم المستقلة حسب شروط العقد[١].

الخصائص المالية لهذا العقد:

يتميز هذا النوع من العقود بخصائص مالية مهمة منها:

١. مصدر لاسترداد القروض: المقرض للمشروع أول ما ينظر للأرباح المتوقعة من المشروع لاسترداد رأس ماله، والفوائد التي يجنيها من ورائه.

تقدير القرض مبني على تقدير قيمة المشروع.

٢. تأكيد ضمان أمن المشروع ومرافقه: للمقترض الأولوية في شروط العقد؛ حيث إن المقرض قد أعطي ضماناً لحقوقه من المقترض بإرجاع قرضه لو قدر إفلاس المشروع.

٣. معظم المشاريع الإنشائية المالية معقدة: لذا فإن الخطورة في هذه المشاريع موزعة ومقسمة بين أطراف عديدين، كل مخاطرة تتعلق بالطرف الذي يكون أكثر مهارة، وكفاءة للتصرف السليم نحوها.

٤. تحديد مواطن الخطورة، والعمل على إزالتها: في حالة حصول خطر، لا بد للمراقب أن يحدده، الخيار في هذه الحالة إما إزالة

---

(١) P2.(ANUKRETÛ ON BUILD - OPERATE - TRANSFER (B.O.T).

الخطر وتذويبه، أو وضع مسؤوليته على طرف ثالث كشركة التأمين، أو تحديد الخطورة ومن ثم توزيعها بين المتعاقدين العاملين في المشروع[1].

* * *

(١) H ttp;//en.wikipegedia.org/wiki/build - operate - transfer.pl.

المبحث الثالث

معايير سلامة العقد وأسس نجاحه، وإيجابياته

لهذا العقد عناصر رئيسة لا بد من تحديدها، وتحريها، والتصريح بها حتى يتم العقد بصورة كاملة من الناحية الفقهية القانونية، في ضوء النقاط التالية يتم تنفيذ المشروع بصورة قانونية مرضية.

أولاً: معايير سلامة العقد:

١. تحديد المسؤول عن استثمار رأس المال.

٢. معرفة مقدار القرض والأدوات التي يحتاجها المشروع.

٣. تحديد التقنية المطلوبة لإقامة المشروع.

٤. حقوق المقرض لإقامة المشروع.

٥. الواجبات المطلوبة من راعي المشروع، وما هي مسؤولياته بخصوص تمويل احتياجات المشروع حتى اكتماله.

٦. الشروط المطلوبة للمشرف العام على المشروع.

٧. الأمور التي يجب اتخاذها في حالة الرغبة في إعادة مناقشة الاتفاقية.

٨. كيفية تحديد المسؤولية بين القطاع الخاص، والقطاع العام.

٩. هل الاتفاقية تقدم معادلة منصفة فيما لو حدث اختلاف بين أطراف الاتفاقية؟

١٠. تحديد من يتولى التشغيل والصيانة، ويتحمل المخاطر.

١١. تحديد المخاطر السياسية.

١٢. تحديد مخاطر التمويل.

١٣. تحديد مخاطر الأنظمة على المشروع.

١٤. كيفية معالجة مخاطر المشروع.

١٥. تحديد مسؤولية مخاطر بناء المشروع.

١٦. تحديد من يتحمل مخاطر التشغيل والصيانة.

١٧. كيفية قياس كفاءة تشغيل المشروع، ومراقبته.

١٨. الشروط المطلوبة لإعلام المشرف على المشروع، أو الممول للمشروع.

١٩. كيفية تحويل المشروع بمرافقه لمن يتولى تشغيل المشروع.

٢٠. بيان الاتفاق المطلوب لكل مرحلة.

٢١. كيفية التوصل إلى الحل فيما لو حدث اختلاف على بعض الأمور.

٢٢. ذكر الجهة التي يحتكم إليها في حال حدوث اختلاف بين أطراف العقد، والقانون الذي يلجأ إليه.

٢٣. إدارة العقد، حدوده، وأبعاده.

٢٤. امتداد حدود خدمات العقد المكانية.

٢٥. تحديد مدة العقد.

٢٦. حقوق، وواجبات من يقوم بتشغيل المشروع.

٢٧. تحديد المسؤول عن صرف رأس المال على مرافق المشروع(١)، ولا بد من مراعاة معايير سلامة هذا العقد، وتقدير الظروف الطارئة.

كما أنه لا بد من معرفة النقاط التالية في المشروع:

١. تحديد المسؤول بإصدار فواتير الاستهلاك فيما لو كان المشروع

---

(١) http//www.worldbank.org/html/fpd/water/wstoolkits/Kit3/kit3 - 21.html.

له علاقة بالماء، أو الكهرباء، أو الصرف الصحي.

٢. تحديد المسؤول عن استثمار رأس المال؟

٣. تحديد مقدار الديون التي يحتاجها المشروع.

٤. تحديد الجوانب الفنية للمشروع.

٥. حقوق المقرض في المشروع المؤسس على عقد bot.

٦. مسؤولية المانح بخصوص تزويد المشروع باحتياجاته، وتسهيل تحويله لأصحابه.

٧. تنظيم التعرفة للمستفيدين من المشروع.

ثانياً: أسس نجاح العقد:

يعتمد نجاح هذا النوع من العقود على:

١. إيجاد الحوافز والمنافسة على الدخول في مثل هذه المشاريع.

٢. كفاءة الشركات المتقدمة لإقامة المشروع، أو المشاريع.

هذان الأمران مهمان جداً، بل يعتبران بمثابة التوأم.

٣. تحديد قيمة إقامة المشروع أثناء الاتفاق؛ ليتم في ضوء ذلك تقدير الأرباح للشركة المقاولة.

٤. العلاقات الطيبة المباشرة بين أطراف العقد، ومراقبة كل واحد الحالات التي تؤثر في سلامة العقد[١].

إيجابيات العقد:

لهذا العقد إيجابيات عديدة منها:

١. يوفر مرافق مدنية للبلاد ـ من دون إثقال ميزانية الدولة بما يكلفها

---

(١) انظر: BUIGD OWN OPERATION TRANSFER (BOOT) PROJECTS, http; / www.mcmullan.net?eclj?B.O.T.html.

مالياً ـ لصرفها في مصالح وطنية أخرى.

٢. يحضر مهارات الشركات المتخصصة المؤهلة في مشروع معين، وإدارته بكفاءة بعد الانتهاء منه.

٣. تدريب العمالة الوطنية: هذا النوع من العقود يعطي الفرصة للعمالة الوطنية على التدريب لإدارة المشروع بكفاءة بعد انتهاء فترة العقد وتحويل المشروع إلى إدارة البلاد» ويمكن الاستفادة من تجربة الصين في هذه الجزئية التي تشترط عقد دورات تدريبية مستمرة للفنيين الصينين، كما يتم إلزام شركة المشروع بتدريب العناصر المحلية التي سوف تتولى تشغيل وصيانة المشروع بعد تسليمه للحكومة»[١].

٤. «نقل التكنولوجيا: يمثل نقل التكنولوجيا أحد أهداف مشروعات B.O.T. ما يستوجب التنبه لهذه المسألة عند إعداد اتفاقية المشروع، وتعتبر تجربة المكسيك من أبرز التجارب في مجال السياسات والضوابط المرتبطة بنقل التكنولوجيا؛ إذ تم إنشاء جهاز حكومي متخصص بتقييم واختيار أنواع ومستويات التكنولوجيا المنقولة، ووضع الجهاز عدداً من الضوابط والقيود على التكنولوجيا المنقولة أهمها: رفض جميع أنواع التكنولوجيا التي لها نظائر في السوق المحلية، ورفض التراخيص المشروطة بالتعامل مع موردين معينين لتوريد مستلزمات الإنتاج، إضافة إلى اشتراط القانون المكسيكي في حالات النزاع، وفي الصين يلزم القانون شركة المشروع بتسليم كل متعلقات المشروع من تكنولوجيا ومعدات وخلافه في نهاية فترة الامتياز دون تعويض»[٢].

---

(١) البشبيشي، أمل نجاح، نظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) الكويت: المعهد العربي للتخطيط، سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية، العدد الثاني والثلاثون/أغسطس/آب ٢٠٠٤، السنة الثالثة، ص١٠.

(٢) بشبيشي، أمل نجاح، نظام البناء والتشغيل والتحويل، B.O.T. ص١١.

٥. تسترد الشركة المقاولة تكاليف المشروع، والأرباح المقدرة لها منه من تشغيله.

٦. تتحمل الشركة المقاولة صيانة المشروع حتى تسليمه بحالة جيدة.

٧. تزداد أرباح الشركة المقاولة كلما طالت المدة، وكانت جودة المشروع عالية.

* * *

القسم الثاني
الدراسة التحليلية والتخريج الفقهي

المبحث الأول
الدراسة التحليلية الفقهية لعقد البناء والتشغيل
وإعادة الملك ومقاصده الشرعية

أولاً: التحليل الفقهي:

يعتمد البحث أولاً على التحليل الموضوعي للخروج بتصور فقهي مناسب.

يشتمل عقد (البناء، والتشغيل، وإعادة الملك) على أربعة عقود:

١. عقد البناء.

٢. عقد التشغيل.

٣. عقد الصيانة.

٤. عقد التحويل (إعادة الملك) بإعادة المشروع لأصحابه.

هذه العقود الرئيسة، ولكل واحد منها مواصفاته، وشروطه، المواصفات الدقيقة التي يتفق عليها المتعاقدون لإبرام العقد، وهو الأمر الذي لا تفرط فيه جهات التعاقد بحال، بل إنها تدون في الاتفاقات كل التفاصيل بشكل دقيق بكل ما له تعلق بالمشروع.

بشيء من الدقة والتأمل نجد أن كل واحد من هذه العقود الأربعة يشتمل على عقود متعددة من الباطن، متنوعة مثلاً:

عقد البناء كلمة (البناء) ليس المقصود منها المعنى الحرفي بل المقصود إقامة مشروع حسب طبيعته سواء يكون بناءً، أو شق قناة، أو إقامة جسر، أو إنشاء طريق سريع، أو غير ذلك، وإن يكن البناء أساس العقد فتشييد المشروع يحتاج إلى متطلبات عينية بحاجة إلى إبرام عقود شراء، كما أن المشروع بحاجة إلى مهارات وحرف متعددة حسب

متطلباته من الأعمال الفنية فيستدعي هذا إبرام عقود شراء، وإجارة، وكفالة، وتأمين إلى غير ذلك من العقود الأخرى.

كل هذه الأعمال تتطلب عقوداً يجريها القائم بالمشروع، تختلف حسب طبيعة العمل المتعاقد عليه.

كذلك عقد التشغيل والصيانة له شروطه ومواصفاته الخاصة التي لا بد من وصفها، وضبطها في الاتفاقية، وتحديد قيمة الأجور لاستخدام الجمهور للمشروع، وتحديد أوصاف المشروع بكل دقة عند تسليمه للعاقد المحلي.

من الأمور التي تهتم بها أمثال هذه العقود، ومن أجل ضبط الجوانب المالية والإدارية لا بد من التركيز على العناصر التالية وتوضيحها:

١. رأس المال.

٢. وصف رأس المال، والاستثمار.

٣. الشروط المتعلقة بالبيع والشراء، وما له علاقة برأس المال.

٤. تنظيم وإدارة الشركة المنفذة للعقد.

٥. صلاحيات الإدارة، ومسؤولياتها، والهيئة المنظمة.

٦. الإجراءات، والاجتماعات للهيئة الإدارية.

٧. حالات وإجراءات الفسخ والإلغاء ذات العلاقة بالشركة.

٨. حقوق وواجبات الشركة المنفذة للمشروع والمستثمر التي لا بد منها في العقد.

٩. الإجراءات التي تتخذ لتعديل بعض نقاط وفقرات الاتفاقية(١).

---

(١) http;/www.bvom.com/resours/vnBUSIness.asp?Dcument = LAW&nDocument = B.O.T.P6.

ثانياً: المقاصد الشرعية من عقد البناء، والتشغيل، وإعادة الملك (B.O.T.):

لا بد لصحة أي عقد قديم، أو حديث أن يتطابق مع المقاصد الشرعية، والمصالح الشخصية التي لا تتعارض مع مبدأ من مبادئ الشريعة. هذه قاعدة مهمة في صحة العقود قديمها وحديثها؛ لهذا فإنه من الضروري البحث عن هذا المعيار الشرعي بعد صحة العقد من ناحية الشروط، والأركان، وخلوه من أسباب الفساد والبطلان:

يشتمل هذا العقد على مجموعة من المقاصد الشرعية المعتبرة في العقود؛ والمصالح المحققة للمكلفين؛ إذ إن مصلحة المكلفين لها اعتبار كبير في الشرع:

«فإن الشريعة مبناها، وأساسها على الحكم، ومصالح العباد في المعاش، والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها - وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، ومن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل؛ فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه، وعلى صدق رسوله ﷺ أتم دلالة وأصدقها، وهي نوره الذي أبصر به المبصرون، وهداه الذي اهتدى به المهتدون، وشفاؤه التام الذي به دواء كل عليل...»[(١)]، وقد جمع هذا العقد من مقاصد الشريعة ما لم يجتمع في عقد آخر من حيث شمول مقاصده الشرعية للمجتمع، والأفراد، ونمو الأموال ما لم يجتمع في كثير من العقود الحديثة من أهم هذه المقاصد الشرعية:

١. تلبية حاجة المجتمع الإنساني، وإسهامه في توفير سبل الراحة للفرد والجماعة بأسلوب علمي، عملي محكم.

---

(١) ابن القيم، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الطبعة الأولى تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد (مصر: المكتبة التجارية الكبرى، عام ١٣٧٤/١٩٥٥)، ج٣، ص١٤.

٢. تنمية الأموال واستثمارها بطرق مشروعة في ما يفيد المجتمع الإنساني من المشروعات المدنية.

٣. تخفيف الأعباء المالية عن الدول وبخاصة الفقيرة.

٤. صيانة الممتلكات، والمحافظة عليها للاستفادة منها لوقت أطول.

٥. توفير الخبرات اللازمة، وتأهيل المجتمعات النامية لأعمال الإنشاء، وخدمات الصيانة للاستقلال بأعمالهم مستقبلاً.

٦. نزع فتيل الخلاف: وذلك بدقة العقد وتفصيل الحقوق والواجبات لكافة الأطراف بما يمنع الخصومة، وهو المعتاد في مثل هذه العقود؛ إذ كلما كانت بنود الاتفاق دقيقة، مفصلة، محكمة توضح حقوق كل طرف في العقد، يكن هذا أدعى إلى منع الخصومة فإذا صحت أركان العقد وشروطه، وخلا من المحظور في فقه المعاملات، وحقق العقد المقاصد الشرعية، والمصالح الشخصية التي لا تتعارض والمبادئ الشرعية، وخلا من المحظورات الشرعية كلاً وجزءاً فإنه ينتج عن هذا صحة العقد وما يترتب عليه من آثار.

* * *

المبحث الثاني
التخريجات الفقهية

يمكن تخريج هذا العقد فقهاً عدة تخريجات بشرط خلوه من أي محظور شرعي تتمثل في واحد من العقود التالية:

١) عقد جديد أصالة.

٢) عقد استصناع تغليباً.

٣) القياس على إعمار الوقف.

٤) عقد كراء.

التخريج الأول:

عقد جديد أصالة بعنوان (عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك):

من الملاحظ أن هذا العقد بتركيبته الكاملة عقد كامل جديد متعدد الأنواع، متفاوت المراحل، يخرج أصالة على القاعدة الفقهية المشهورة:

(الأصل في العقود الإباحة) يوضحها تفصيلاً العبارة التالية:

«وأما العقود والشروط، والمعاملات فهي عفو حتى يحرمها الله تعالى؛ ولهذا نعى ﷺ على المشركين مخالفة هذين الأصلين وهو تحريم ما لم يحرمه، والتقرب بما يشرعه، وهو سبحانه لو سكت عن إباحة ذلك وتحريمه لكان ذلك عفواً لا يجوز الحكم بتحريمه وإبطاله؛ فإن الحلال ما أحله الله، والحرام ما حرمه، وما سكت عنه فهو عفو، فكل شرط وعقد، ومعاملة سكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها، فإنه سكت عنها رحمة منه من غير إهمال، فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عدا ما حرمه...»[١].

---

(١) ابن القيم إعلام الموقعين، ج١، ص ٣٤٤.

يدخل تحت هذه القاعدة كافة المعاملات الحديثة بادئ ذي بدء، ولكن يتبع هذا قواعد عامة أخرى تفصيلية لا بد من توافرها مع صحة الأركان والشروط في العقود، وأخرى لا بد من توقيها، والتخلص منها، سواء في هذا العقود الأصلية، أو العقود الأخرى من الباطن.

يعد عقد (B.O.T) البناء والتشغيل والتمليك في توصيفه، وتعريفه السابقين عقداً جديداً من عقود المعاملات الحديثة يشتمل على عقد مقاولة، وعقد إجارة، وعقد صيانة، وعقد إعادة الملك فهو عقد متعدد، متنوع، وفي ما يأتي يتم الكلام تفصيلاً عن كل عقد من هذه العقود:

عقد المقاولة:

قد تبين في القسم الأول أن هذا العقد مشتمل على أربعة عقود رئيسة:

١. عقد البناء.

٢. عقد التشغيل.

٣. عقد الصيانة.

٤. وأخيراً عقد إعادة الملك.

كل واحد من هذه العقود يدخل تحته عقود عديدة يرتبط بها المتعاقدون، يستحيل الحكم عليها جميعاً حكماً عاماً بالصحة ما لم تعرف تفاصيل كل منها، كل ما في الأمر أنه توجد قواعد عامة لا بد من تحريها وتوخيها في كل مرحلة من مراحل العقد.

عقد (البناء) (B.O.T) يشتمل على بذل عمل وتقنيات فنية عديدة يشترك فيه المهندسون على اختلاف تخصصاتهم من تخطيط معماري، وهندسة، وفنيون، وحرفيون في مجالات مختلفة كهرباء، وسباكة، ونجارة، وديكور وغير ذلك مما يتطلبه كل مشروع من هذا النوع يختلف عن الآخر باختلاف طبيعته، ولما كانت أعمال هذه المرحلة متعددة، ومتنوعة فإن مثل هذا العقد يدخل تحت.

(عقد المقاولة): وهو العقد الأول:

تم تعريف هذا العقد من قبل مجمع الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في القرار رقم ١٢٩ (١٤/٣)، ووضع تفاصيل هذا العقد، وضوابطه الشرعية التي تحميه من الانزلاق في الخصومات تحت العنوان التالي:

(عقد المقاولة والتعمير: حقيقته. تكييفه. صوره) حسب النص التالي:

«إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) من ٨ إلى ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١١ـ ١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد المقاولة، والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لأدلة الشرع، وقواعده، ومقاصده، ورعاية للمصالح العامة في العقود والتصرفات.

ونظراً لما لأهمية عقد المقاولة، ودوره الكبير في تنشيط الصناعة، وفتح مجالات واسعة للتمويل، والنهوض بالاقتصاد الإسلامي قرر ما يلي:

١. عقد المقاولة: عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد الطرف الآخر، وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة وهو المسمى عند الفقهاء بالاستصناع، أو قدم المقاول العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل.

٢. إذا قدم المقاول المادة والعمل فينطبق على العقد قرار المجمع رقم ٦٥ (٧/٣) بشأن موضوع الاستصناع[١].

---

(١) جاء هذا في قرار رقم ٦٥ (٣٧) بشأن عقد الاستصناع بعد الديباجة قرر ما يلي:
«أولاً: عقد الاستصناع، وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة، ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط. =

٣. إذا قدم المقاول العمل فقط فيجب أن يكون الأجر معلوماً.

٤. يجوز الاتفاق على تحديد الثمن بالطرق الآتية:

أ ـ الاتفاق على ثمن بمبلغ إجمالي على أساس وثائق العطاءات، والمخططات والمواصفات المحددة بدقة.

ب ـ الاتفاق على تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية يحدد فيها ثمن الوحدة، والكمية، وطبقاً للرسومات والتصميمات المتفق عليها.

ت ـ الاتفاق على تحديد الثمن على أساس سعر التكلفة الحقيقية، ونسبة ربح مئوية، ويلزم في هذه الحال أن يقدم المقاول بيانات، وقوائم مالية دقيقة، ومفصلة، وبمواصفات محددة بالتكاليف برفعها للجهة المحددة في العقد، ويستحق حينئذ التكلفة بالإضافة للنسبة المتفق عليها.

٥. يجوز أن يتضمن عقد المقاولة شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان، ما لم يكن هناك ظروف قاهرة، وتطبق في هذه الحال قرار المجمع في الشرط الجزائي رقم ١٠٩ (١٢/٣).

٦. يجوز في عقد المقاولة تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط لآجال معلومة، أو حسب مراحل إنجاز العمل المتفق عليها.

٧. يجوز الاتفاق على التعديلات والإضافات.

= ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

أ ـ بيان جنس المستصنع، ونوعه، وقدره، وأوصافه المطلوبة.

ب ـ أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة.

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة». قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي ـ جدة، الطبعة الثانية (دمشق: دار القلم، وجدة: مجمع الفقه الإسلامي، عام ١٤٠٩/١٩٨٨)، ص١٤٤.

٨. إذا أجرى المقاول تعديلات، أو إضافات بإذن رب العمل دون الاتفاق على أجرة فللمقاول عوض مثله.

٩. إذا أجرى المقاول تعديلات، أو إضافات دون اتفاق عليها فلا يستحق عوضاً زائداً على المسمى، ولا يستحق عوضاً عن التعديلات، أو الإضافات.

١٠. يضمن المقاول إذا تعدى، أو فرط، أو خالف شروط العقد، كما يضمن العيوب والأخطاء التي يتسبب فيها، ولا يضمن ما كان بسبب من رب العمل، أو بقوة قاهرة.

١١. إذا شرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه فلا يجوز له أن يتفق مع مقاول آخر من الباطن.

١٢. إذا لم يشرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه جاز له أن يتفق مع مقاول من الباطن، ما لم يكن العمل بعينه مقصوداً أداؤه من المقاول نفسه لوصف مميز فيه مما يختلف باختلاف الإجراء.

١٣. المقاول مسؤول عن عمل مقاوليه من الباطن، وتظل مسؤولية المقاول الأصلي تجاه رب العمل قائمة وفق العقد.

١٤. لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط نفي الضمان عن المقاول.

١٥. يجوز اشتراط الضمان لفترة محددة.

١٦. لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط البراءة من العيوب طيلة فترة الضمان المنصوص عليها في العقد»[(١)].

بهذه القواعد والضوابط، والشروط يصح الجزء الأول من عقد (البناء والتشغيل وإعادة التمليك) إذا استوفى الشروط المطلوبة أعلاه.

---

(١) قرارات وتوصيات الدورة الرابعة عشرة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي، الدوحة (دولة قطر) ٨ ـ ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣هـ/١١ ـ ١٦ يناير ٢٠٠٣م، ص ٧.

العقد الثاني: عقد التشغيل (عقد إجارة):

يعد تشغيل المنشأة عملاً تقوم به الشركة التي أقامتها بغرض استرداد المصاريف التي أنفقتها على المشروع، حيث تتقاضى قيمته بموجب العقد من أجور استخدام المشروع من قبل الجمهور، وظيفة خدمات التشغيل تؤديها الشركة المتعاقدة المنفذة للمشروع، تحتاج من أجل تنفيذها إلى فريق من الخبراء والموظفين لأداء العمل على الوجه الصحيح.

المبالغ التي تتقاضاها هذه الشركة هي:

رأس مال المشروع إن كانت المنفذة له + الإجارة على التشغيل، وهو عمل معلوم: معلوم الزمان، والمكان، معلوم الأجرة، فمن ثم يدخل هذا العقد تحت (الإجارة على عمل) وهو أحد أقسام الإجارة، وضابطه:

«العمل هو ما يبذله الأجير من مهارات، أو جهد لإنجاز منفعة معينة مستقبلاً.

وضابطه: كل عمل فيه منفعة، وكان عمله مباحاً فجائز الإجارة فيه.

عقد الإجارة الوارد على العمل شائع بين أرباب الحرف والمهارات، من صانعين، وأطباء، ومهندسين، ومعماريين، وناسخين، وغيرهم مما يحتاج المجتمع إلى خدماتهم. . . »[(١)].

هذا العقد يخضع لعقد الإجارة أركاناً وشروطاً، وأوصافاً، صحة، وبطلاناً.

العقد الثالث: عقد الصيانة (إجارة على عمل):

وهو خدمة على عمل معين، موصوف في الذمة، له قيمة مقدرة معينة في العقد.

---

(١) أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم، فقه المعاملات الحديثة مع مقدمات ممهدات وقرارات، الطبعة الأولى (الدمام: دار ابن الجوزي، عام ١٤٢٦هـ)، ص٢٧٧.

يأتي ضمن العقود المتعددة للمشروع، وذلك بالمحافظة عليه سليماً من حيث الأداء السليم حتى تسليمه، وإعادته لأصحابه.

بهذا التحليل يصبح عقد (البناء، والتشغيل، والصيانة) عقداً مستقلاً، قائماً بذاته، انبثق عنه مجال التعاملات في العصر الحديث.

هذا التخريج يثري قسم المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، وهو مناسب لأن ينضم ضمن المعاملات في الفقه الإسلامي؛ حيث يتلاءم معه تشريعاً ومقصداً.

التخريج الثاني:

عقد استصناع تغليباً:

يخرج عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك (B.O.T.) على عقد الاستصناع تغليباً؛ حيث هو أساس العقد، ومعظمه، لا وجود للمشروع دونه، وما عداه مما يأتي بعده من العقود مبني عليه.

يخرج هذا العقد شرعاً بأوصافه السابقة في مرحلته الأولى (البناء) على عقد (الاستصناع) كما يتضح من التحليل التالي:

عقد (البناء) وهو الجزء الأول في العنوان، وفي أوليات العقد مبناه جملة وتفصيلاً إيجاد لمشروع إنشائي كامل بين طرفين لهما أهليتهما الشرعية، موضوع العقد هيكل المشروع: مواده معلومة، ومواصفاته محدودة، بدقة وعناية، بما في ذلك الخبرات الفنية المطلوبة، ومدة الإنجاز، بناءً، وتشييداً، وتقدير قيمته إنشاءً، ينطبق حقيقة على عقد الاستصناع تعريفاً بأنه:

«طلب العمل من الصانع (المقاول) في شيء مخصوص، وفي البدائع: من شروطه بيان جنس المصنوع، ونوعه، وقدره، وصفه، وأن يكون مما فيه تعامل، وأن لا يكون مؤجلاً، وإلا كان سلماً، وعندهما:

المؤجل استصناع إلا إذا كان مما لايجوز فيه الاستصناع فينقلب سلماً في قولهم جميعاً»[1].

وقد صدر قرار ٦٥ (٧/٣) بشأن عقد الاستصناع من مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧ ـ ١٢ ذي القعدة الموافق ٩ ـ ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد الاستصناع، وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد، والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظراً لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل، والنهوض بالاقتصاد الإسلامي قرر ما يلي:

أولاً: إن عقد الاستصناع، وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان، والشروط.

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

أ ـ بيان جنس المستصنع، ونوعه، وقدره، وأوصافه المطلوبة.

ب ـ أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة.

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف طارئة، والله أعلم»[2].

الجزء الثاني (عقد التشغيل) جزء مكمل للمشروع، يشخص بأنه (عقد إجارة على عمل)، حسب التفصيل الآتي:

---

(١) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، ط.د. (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ت.د.)، ج٤، ص٢١٢.

(٢) مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي . جدة، قرارات وتوصيات للدورات ١ ـ ١٠، القرارات ١ ـ ٩٧ الطبعة الثانية، تنسيق وتعليق عبد الستار أبو غدة (جدة: مجمع الفقه الإسلامي، عام ١٤١٨/١٩٩٨)، ص١٤٤.

عقد التشغيل:

هو المرحلة الثانية بعد تمام المشروع فالعقد في هذه المرحلة يدخل تحت باب الإجارة؛ ذلك أن العقد ينص على أجره تشغيلاً، والفترة المقدرة لتشغيله، تحصيلاً لرأس المال، وتقدير الأرباح والاستثمار.

عقد الإعادة:

إذا تمت فترة التشغيل حسب العقد، يستعيد أصحاب المشروع الأصليين كامل المشروع في حالة سليمة جيدة، دون جهالة في بند من البنود بالتقصير، أو التفريط، كما هي العادة الجارية في مثل هذه العقود للمشاريع الضخمة التي تبرمها الحكومات مع الشركات الكبيرة المتخصصة في العصر الحاضر.

التخريج الثالث:

القياس على إعمار الوقف الخراب.

يخرج هذا العقد على بعض مسائل الأوقاف إذا خربت وتعطلت منافعها، ولا يجد القائمون عليها من التمويل ما يحقق الاستفادة منها، ومضت على ذلك السنون الطويلة وليس للوقف موارد لعمارته، وإحيائه، فمن ثم فكر الفقهاء القائلون بجواز استبدال الوقف في إيجاد حل للإفادة من الوقف بإعماره بأسلوب من أساليب عدة، كان من بينها عقد (البناء، والإشغال) وإن لم يكن معروفاً بهذا العنوان، وذلك بعد استيفاء المتعاقد تكاليف الإعمار بسكنه، واستثماره مدة معلومة، ثم إعادة عين الوقف لأصحابه ليؤدي الوظيفة التي حبس من أجلها، وهو المستفاد من:

الفقه الحنفي: القياس على بعض حالات الوقف:

قال العلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين:

(مطلب في الوقف إذا خرب ولم يمكن عمارته):

«قال في الدر المنتقى: إن الخان لو احتاج إلى المرمة آجر بيتاً، أو بيتين، وأنفق عليه، وفي رواية: يؤذن للناس بالنزول سنة، ويؤجر سنة أخرى، ويرم من أجرته، وقال الناطفي: القياس في المسجد أن يجوز إجارة سطحه لمرمته. محيط»[1].

التخريج الرابع:

(عقد كراء):

الفقه المالكي:

نصوص المذهب المالكي تعطي أمثلة عديدة يصنف هذا العقد تحت عقد (كراء الدور)[2]، وهذا كما في:

«مسألة ابن القاسم:

قال ابن القاسم في رجل قال أعطني عرصتك هذه أبنيها بعشرة دنانير، أو بما دخل فيها، على أن أسكنها في كل سنة بدينار حتى أوفي ما غرمت فيها وأصلحت؟

قال: إن سمى عدة ما يبنيها به، وما يكون عليه في كل سنة فذلك جائز، وإن لم يسم فلا خير فيه.

قال محمد بن رشد:

هذا مثل ما في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب كراء الدور، وهو كما قال؛ لأنه إن سمى عدة ما يبنيها به، ولم يسم ما يكون عليه في كل سنة كان كراءً مجهولاً.

---

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الثانية، مصر شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي)، ج٣، ص٣٨٢.

(٢) يعرف المالكية الكراء بأنه «بيع منفعة ما لا يمكن نقله» مثل الدور والأرضين مما لا ينقل، ويفرقون بينه وبين الإجارة وهي: «بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة، ولا حيوان لا يعقل، بعوض غير ناشئ عنها، بعضه يتبعض بتبعيضها»، انظر: أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، الطبعة الأولى تحقيق محمد أبو الأجفان، والطاهر المعموري (بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام ١٩٩٣)، ج٢، ص٥١٦، ٥٢٤.

وإن سمى ما يكون عليه في كل سنة، ولم يسم ما يبنيها به كان الكراء معلوماً، وأمده مجهولاً، وإذا سمى الوجهين كان كراء معلوماً إلى أجل معلوم فجاز.

وإنما جاز وإن لم يبين هيئة بناء العرصة والأغراض في ذلك مختلفة من أجل أن المكتري كالوكيل له على ذلك، فإذا بنى العرصة على الهيئة التي تشبه أن تبنى عليها لزمه، كمن وكل رجلاً أن يشتري له ثوباً، أو جارية فاشترى له ما يشبه أن يشترى له من ذلك لزمه.

ولو وصف البنيان، وعدد ما يسكنها من السنين لجاز»[1].

«وسئل مالك عن رجل تكارى عرصة خربة على أن ينفق عليها، ويكون كراؤها كذا وكذا، قال مالك: أرى أن يسمى ما ينفق فيها ويقاصه بذلك في كراء ما تكارى به من السنين.

فقيل له: أفيجعل كراءها دراهم؟

قال: بل أجزاء يجعل نفقته عشرة دنانير، وكراءها إياها عشرين سنة، في كل سنة نصف دينار، أو أقل من ذلك، أو أكثر من السنين والأجزاء، فعلى هذا يتكارى المتكارون، ويكري صاحب الدار.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة في المعنى؛ لأن مآلها إن أكراه العرصة عشر سنين، سنة بعشرة دنانير على أن يبني العرصة لربها، إذا شرط أن يقاصه بالنفقة في الكراء لم يجز؛ لأنه إذا لم يكن الكراء بالنقد لم يوجب الحكم المقاصة به، ووجب أن يتبعه بنفقته سلفاً حالاً عليه، ويؤدي إليه الكراء بقدر ما سكن شيئاً بعد شيء على ما يوجبه الحكم في ذلك. ووجب أن يتبعه بنفقته سلفاً حالاً عليه، ويؤدي إليه الكراء بقدر ما سكن شيئاً بعد شيء على ما يوجبه الحكم في ذلك.

---

(١) ابن رشد، أبو الوليد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليق في مسائل المستخرجة، تحقيق أحمد الشرقاوي إقبال، محمد الحجي (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٤/١٩٨٤)، ج٨، ص٤٦١.

قال ابن المواز: وهذا إذا كان البناء لرب العرصة، ويسمي ما بنى به، وكان ذلك من الكراء لا يزيد عليه، وشرط ابن المواز أن يكون ذلك الكراء لا يزيد عليه، صحيح مثل ما في المدونة؛ لأنه إن شرط أن ينفق في العرصة أكثر من كرائها كان الزائد على الكراء سلفاً منه لرب العرصة؛ فدخله كراء وسلف.

قال ابن المواز: وأما إن كان البناء للمكتري فلا يحتاج إلى تسمية ما يبني، ولا ما ينفق، ولا أحب شرطه في أصل الكراء إلا أنه إن بنى فمتى ما خرج فلرب العرصة أن يعطيه قيمته مقلوعا، أو يأمره بقلعه.

وقول ابن المواز: إن البناء إذا كان للمكتري فلا أحب اشتراطه في أصل الكراء صحيح بين؛ لأنه إذا اشترط ذلك عليه فقد وقع الكراء على أن يأخذ المكري من المكتري بنيانه بقيمته مقلوعاً عند انقضاء أمد الكراء، وذلك غرر لا يجوز.

وإنما لم ير في الرواية أن يجعل كراءها دراهم إذا كان ينفق فيها دنانير، ويفاصله بها في الكراء؛ لأنه يدخله عدم المناجزة في الصرف؛ إذ لا يحل الكراء عليه إلا بالسكنى شيئاً بعد شيء.

ولو قال: أكتري منك العرصة لعشرين سنة بعشرة دنانير، نصف مثقال لكل سنة على أن أنفق فيها مائة درهم من مالي تكون مقاصة بالكراء.

أو قال: أكتري منك العرصة بمائة درهم من مالي تكون مقاصة الكراء، أو قال أكتري منك العرصة بمائة درهم لعشرين سنة على أن أنفق فيها عشره دنانير تكون مقاصة بالكراء لجاز ذلك، وإن سمج القول؛ لأن الأمر يؤول فيه إلى صحة الفعل، وهو كراء العرصة عشرين عاماً بالعدد الذي سمى أنه ينفق فيها، وبالله التوفيق»[1].

---

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل، ج ٩، ص١٧.

التشغيل في عقد (البناء والتشغيل والتحويل) وأخذ الأجرة من المستخدمين المنتفعين بالمشروع بمثابة السكن في العرصة مقابل بنائها والانتفاع بها، وهو يمثل قيمة البناء، واسترداد رأس مال المشروع والأرباح المتوقعة منه بمثابة انتفاع ساكن العرصة، مقابل بنائها.

* * *

المبحث الثالث
مسائل ووسائل

تقديم

إن هذا العقد يمتد غالباً سنين عديدة تستمر إلى عقد، أو عقدين من السنين، تتأثر فيها الأجور وتتعرض أسعار المواد علواً وهبوطاً في الثابت والمنقول من البضائع بالغلاء والرخص، وتمنى أحياناً بأسباب الفساد والبطلان، وتؤثر سلباً على استمرار العقد وسلامته يكون لها تأثير سلبي على المتعاقدين، أو أحدهما بخاصة، أو على المجتمع بعامة.

من أجل ضمان استمرار العقد على وجه صحيح، وفي مواجهة بعض ما يطرأ من شؤون ليس للمتعاقدين فيه تسبب وجدت احتياطات وحلول شرعية عملية عديدة تعالج ما قد يطرأ على هذا العقد كله، أو جزئه يهدد سلامته، واستمراره، يلجأ إلى الوسائل الفقهية التالية لمعالجة صحته، والعمل على استمراريته من دون انقطاع حتى تمامه من أهمها ما يأتي:

أولاً: تصحيح مفسدات العقد شرعاً:

اختلال ركن، أو شرط من شروط العقد، أو عدم الأخذ بقاعدة شرعية يؤثر على صحته بالفساد، والبطلان، ومن ثم على استمراره.

استمرارية المشروعات الضخمة التي تقوم على أساس هذا العقد غالباً ما تحتاج إلى رأس مال كبير تعجز عن تمويلها الشركات والمؤسسات العامة وحدها، وغالباً ما تلجأ إلى الاقتراض من البنوك، أو البيوت التجارية الكبيرة، وهذه عادة لا تسمح بالإقراض إلا بعد فرض نسبة ربوية على مبلغ القرض، وهو مبطل للعقد في الفقه الإسلامي.

خلو أمثال هذا العقد من الربا ووجوهه نادر جداً، وكذلك بالنسبة لما يسمى بالضمان البنكي المبني على الفائدة بالنسبة لمقدار رأس المال، هذه بعض الأسباب الظاهرة المؤثرة في صحة مثل هذا العقد.

العلاج لمشكلة ضيق رأس المال لتمويل المشروع الضخم هو إسهام بيوت المال في مثل هذه المشاريع عن طريق المشاركة، فقد تعظم أرباح المشروع خصوصاً إذا كان هذا النوع من العقود المحكمة التي تدرس جدواها بدقة متناهية، ووضعت في أيد أمينة تحقق مصالحها ومصالح المجتمع بطريقة شرعية سليمة.

إذ حكم لبعض العقود الحديثة بالصحة ابتداءً، ومنها عقد (نظام البناء والتشغيل وإعادة الملك) الذي يرمز إليه (B.O.T) فلا بد فيه من مراعاة المقاصد الشرعية والقواعد العامة في الشريعة الإسلامية التي يجب عدم الإخلال بها لصحة العقد:

منها: ما ذكره القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي بقوله:

«وإذا اعتبرت الأسباب التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع، وهي أسباب الفساد العامة، وجدت أربعة:

أحدها: تحريم عين المبيع.

والثاني: الربا.

والثالث: الغرر.

والرابع: الشروط التي تؤول إلى أحد هذين، أو لمجموعهما.

وهذه الأربعة هي بالحقيقة أصول الفساد، وذلك أن النهي إنما تعلق فيها بالبيع من جهة ما هو بيع، لا لأمر من خارج.

وأما التي ورد النهي فيها لأسباب من خارج فمنها:

الغش، ومنها: الضرر، ومنها: لمكان الوقت المستحق بما هو أهم منه، ومنها: لأنها محرمة البيع»[١].

يؤكد هذا ما ذكره القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي ـ رحمه الله تعالى ـ في مجال ما يعرض العقود للبطلان: «وما يرجع إلى صفة العقد ضروب منها: الربا، ووجوهه، ومنها الغرر وأبوابه، ومنها المزابنة[٢]، والبيع والسلف، وغير ذلك. . .»[٣].

الضمان البنكي إن كان مبنياً على تقدير المصاريف الإدارية فحسب فلا غبار عليه شرعاً، أو كان للشركة رصيد موجود بالبنك (غطاء) يكون البنك حينئذ وكيلاً عن الشركة، ويكون للبنك حكم الوكالة في أخذ الأجر على الوكالة، أو كان بغير (غطاء) فإن ما زاد على أجر المصاريف الإدارية غير مقبول شرعاً، قد فصل القول في هذا الموضوع، وأوجد له الحلول الشرعية قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي رقم: ١٢ (٢/١٢) بالتفصيل، وذكر الحل في النص التالي:

«إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من ١٠ ـ ١٦ ربيع الآخر ١٤٠٦هـ/٢٢ ـ ٢٨ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٥م، وبعد النظر فيما أعد في خطاب الضمان من بحوث ودراسات، وبعد المداولات والمناقشات المستفيضة التي تبن منها:

أولاً: أن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والانتهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء، أو بدونه، فإن كان بدون غطاء فهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالا، أو مآلاً، وهذه هي حقيقة ما يعنى في الفقه الإسلامي باسم: الضمان، أو الكفالة.

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الأولى، تحقيق ماجد الحموي (بيروت: دار ابن حزم، عام ١٤١٦/١٩٩٥)، ج٣، ص١١٦٠.
(٢) عند المالكية «بيع معلوم بمجهول، أو مجهول بمجهول من جنس واحد فيهما» الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج١، ص٣٤٧.
(٣) التلقين، الطبعة الأولى (المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، عام ١٤١٣هـ)، ص١٠٦.

وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي: الوكالة، والوكالة تصح بأجر، أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

ثانياً: إن الكفالة هي عقد تبرع يقصد به الإرفاق والإحسان، وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة؛ لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعاً على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً.

قرر ما يلي:

أولاً: إن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان، والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته، سواء أكان بغطاء، أم بدونه.

ثانياً: إن المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه جائزة شرعاً مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي، أو جزئي أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء، والله أعلم»[1].

ثانياً: الظروف الطارئة:

قد يبرز إلى الواقع حدث طارئ عصيب غير متوقع خلال إقامة المشروع، وهي التي تكون خارجة عن إرادة أطراف العقد مثل: الحرب، الزلازل، الفيضانات، الحريق، العواصف، غلاء الأسعار بصورة مفاجئة، وما ماثل ذلك، غالباً ما تنشأ خلال العقود الطويلة، هذا بلا شك يزيد من تكاليف المشروع، وقد يؤدي إلى التوقف إذا لم يعالج بالسرعة المطلوبة.

لهذه الظروف التي لم تكن في حسبان المتعاقدين اعتبار في

---

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، ص٢٥.

الشريعة الإسلامية، تحفظ التوازن بين مصالح المتعاقدين بما يخفف وقع الخسائر، والأضرار التي تنشأ عن ما لم يكن في الحسبان من أحداث تؤثر على إقامة المشروع واستمراره، ومن ثم على أطراف العقد، حينئذ يلجأ إلى ما يسمى (بنظرية الظروف الطارئة) حيث يتم النظر بين العقد في صيغته، وبين واقع المشكلة، ويجري التوفيق بين مصالح أطراف العقد بروح العدل والإنصاف، دون إجحاف، أو تحيز لطرف دون آخر.

ثالثاً: تفريق الصفقة:

هذا مصطلح فقهي معرفته ضرورية ومهمة لمثل هذه العقود فيما لو طرأ طارئ يؤثر على صحة العقد في بعض جوانبه فساداً، إن اعتبار هذه القاعدة الفقهية، والأخذ بها يجعل العقد صحيحاً، وقائماً في الجانب الصحيح، باطلاً في الجزئية المفسدة للعقد لا غير، خصوصاً وأن كل مرحلة في المشروع محددة، مدونة تفصيلاً من حيث: العمل، والعوض، والأجل.

بهذا يستمر العمل في الجانب الصحيح، ويعالج بالطرق الشرعية، والقوانين الفقهية ما اختلت فيه شروط صحة العمل.

يذكر في تفسير هذا المصطلح الفقهي المكون من كلمتين: (تفريق)، و(صفقة)

معنى التفريق: التجزئة والاختلاف، صحة بالنسبة لشيء، وفساداً بالنسبة لآخر.

الصفقة: ضرب اليد على اليد، والعرب كانوا يتصافقون عند تمام العقد، فسمي العقد بها مجازاً بعلاقة المجاورة، وتفريق العقد بسبب المعقود عليه، وتفريقها إما في الابتداء، أي: ابتداء العقد، أو في الدوام والانتهاء، أو في اختلاف الأحكام[1].

---

(١) انظر: الكوزة يانكي، ملا صالح، تحفة الطالبين في قسم المعاملات من فقه الشافعي، ط.د. إعداد عبد الحكيم عثمان صالح، (الموصل: مكتبة بسام، عام ١٩٨٥)، ص٤٢.

يتضح من هذا أن: «معنى تفرق الصفقة: تفريقها في الحكم، ففي حالة تفصيل الثمن مثلاً يجوز للمشتري قبول أحد المبيعين ورد الآخر، وفي حالة تعدد العاقدين له رد نصيب أحدهما بالعيب، وإبقاء الآخر، وفي حالة الجمع بين الحلال والحرام في صفقة يصح العقد في الحلال، ويبطل في الحرام»[1].

رابعاً: الحل الصحيح للأوقاف عديمة الموارد:

تحتل معظم الأوقاف في البلاد الإسلامية وبخاصة في بلاد الحرمين الشريفين مواقع مهمة جداً أصبحت تمثل المنطقة المركزية الأهم في هذه البلاد، وهي الأقرب للأماكن المقدسة حيث يتركز حولها النشاط التجاري، ومع مرور الزمان قد ضعف دخلها، أو خربت حتى أصبحت غير قابلة للسكنى، ولا تدر دخلاً مجزئاً يكفل إصلاحها، واستثمارها ولا يمكن كمال الاستفادة منها، خصوصاً وقد تضاعف عدد المسلمين، وفي السنوات الأخيرة اشتدت الرغبة لزيارة الأماكن المقدسة أداءً لفريضة الحج والعمرة، وزيارة المسجد النبوي الشريف، وأصبح الوصول إلى البلاد المقدسة سهل المنال حتى للفقراء، وقد ضرب الأمن أطنابه في ربوعهما بفضل من الله جل وعلا، ثم بفضل جهود رجال الأمن في حكومة المملكة العربية السعودية، تتمثل مشكلة هذا الموضوع في أمرين:

أولاً: الكثير من الأوقاف يحتل أكبر جزء في وسط البلد؛ حيث الكثافة السكانية، ولا يستفاد منها الاستفادة القصوى المطلوبة.

ثانياً: الأوقاف ـ كما هو معلوم ـ المقصود منها تحبيس العين وديمومة المنفعة، وأي تصرف فيها ينبغي أن يحافظ على أصولها، واستدامة الانتفاع بها، بل إن بعض المذاهب الفقهية لا يوافق على الاستبدال فضلاً عن البيع حفاظاً عليها، وتظل بحالها خراباً دون

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة الثانية (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، عام ١٤٠٨/١٩٨٨)، ج١٣، ص٨١.

الاستفادة منها خوفاً على ضياعها، برغم غلاء موقعها حيث النشاط التجاري.

الحل التقليدي لمثل هذه الأوقاف:

١. الإبقاء عليها كما هي، حتى لو انعدم الانتفاع بها، وهو مذهب الشافعية، والزيدية، والإباضية، والظاهرية.

٢. إعمارها، أو استبدالها إذا خربت، وتعطلت منافعها، كما هو مذهب الحنفية والحنابلة. على تفصيل في المذاهب الأخرى[١].

الحلول التقليدية لاستثمار الأوقاف يكون بتأجيرها، أو استبدالها، أو توظيف أموالها.

هذه الحلول سليمة حيث لا يوجد بديل سواها، أما وقد ظهر في العصر الحديث من أنواع المعاملات المالية ما يحقق المقصود من الأوقاف (تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة) من غير أن يناقض مبدءاً، أو قاعدة شرعية فإنه يكون الأخذ به أولى.

(عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك) بصيغته، وتفاصيله الشرعية الصحيحة يحقق المقصد من الوقف دون مساس بقاعدة شرعية؛ إذ يمكن إعادة بناء الوقف، وتشغيله لمدة محدودة يسترجع فيها المستثمر حقوقه، وأرباحه، ثم يعيده بحال سليمة جيدة إلى الموقوف عليهم، بهذا يتحقق التعريف والمقصد الشرعي من الوقف دون مساس بجوهره، بل إنه في بعض الأحيان يقرر المستثمر مبلغاً مقطوعاً من المال يدفعه إلى الموقوف عليه كل عام طيلة مدة استثماره الوقف.

أثبت هذا العقد جدواه، وفعاليته في إنقاذ الكثير من الأوقاف الخراب في مكة المكرمة دون التفريط فيها، بل ساعد هذا النوع من

---

(١) انظر: أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم، الإبدال والاستبدال، بحث مقدم للجنة العلمية لمنتدى قضايا الوقف الفقهية، عام ٢٠٠٧م، ص٤.

العقود على المحافظة عليها، وإعادة إعمارها، وضمان الدخل الجيد للموقوف عليهم.

يؤكد هذه الحقيقة العقود العديدة التي يبرمها المستثمرون للأوقاف في مكة المكرمة والمدينة المنورة في الوقت الحاضر، وأبرزها مشروع الأبراج السبعة بجنوب الحرم المكي الشريف ذات الأدوار المرتفعة إلى ما يزيد على الثلاثين دورا، كما هو الحال فيما يسمى (وقف الملك عبد العزيز رقم واحد) على الحرمين الشريفين، فقد اضطلعت مؤسسة ابن لادن ببناء الأبراج وتشغيلها لمدة خمس وعشرين سنة، واستثمارها لهذه المدة بما يكفل لها استرجاع رأس مالها وأرباحها ثم تسليمها إلى الدولة، وعلى مثل هذا العقد أبرم في شهر رمضان المبارك بمكة المكرمة عقد وقف الملك عبد العزيز رقم ٢ في الجهة الشرقية للحرم الشريف. بمثل هذا العقد يحافظ على عين الأوقاف من الضياع، وضمان استمرار الاستفادة منها لتوزيع دخلها على الموقوف عليهم.

❊ ❊ ❊

الخاتمة

توصل البحث من خلال الدراسة الموضوعية لعقد (البناء، والتشغيل، وإعادة الملك) .B.O.T إلى النتائج التالية:

(١) (عقد مالي يتكفل المتعاقد بإقامة مشروع، والإنفاق عليه، وتشغيله وصيانته لمدة محدودة يسترد خلالها مصاريفه، وأرباحه، ثم تسليمه لأصحابه دون عوض).

(٢) عقد (البناء، والتشغيل، وإعادة الملك) ويرمز إليه (B.O.T).

(٣) عقد جديد، مستحدث من نتاج الحياة المعاصرة يسهم في تطوير مرافق المجتمع المدني.

(٤) موضوع هذا العقد غالباً مشاريع البنية التحتية شبكات المياه، والصرف الصحي، ومشاريع التلفونات، والكهرباء وغيرها، كبناء المطارات، والخطوط السريعة، والمستشفيات، يقوم بإقامتها القطاع الخاص، والمؤسسات الكبيرة.

(٥) أصبح هذا النمط من العقود معتاداً في الدول منذ فتح قناة السويس عام ١٩٥٠م.

(٦) يتميز هذا العقد بأنه يوفر مرافق مدنية للبلاد من دون إثقال ميزانية الدولة مالياً، كما أنه من إحدى السبل الناجعة لتدريب العمالة الوطنية، ونقل التكنولوجيا.

(٧) لا بد لنجاح مثل هذا العقد من تحديد المسؤوليات، بشفافية تامة دون مواربة، أو مجاملة في كافة المجالات.

(٨) يعد مصدراً استثمارياً مهماً يسهم في رفاهية الأمة.

(٩) يحقق مصدراً لتسديد القروض من دون أية أعباء مالية على الدولة.

أثبتت الدراسة في القسم الثاني القسم الشرعي ما يأتي:

أ ـ عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك عقد مركب من أربعة عقود رئيسة، وهو بتركيبته التعاقدية عقد جديد أصالة، يتضمن عدة عقود من الباطن. هذا هو الأصل، والراجح حسبما توصلت إليه الدراسة، وهو بهذا المفهوم يسهم في إثراء الفقه الإسلامي.

ب ـ يتضمن عقد المقاولة الذي أقره المجمع الدولي بجدة، وبين حقيقته، وتكييفه، وصوره بالقرار رقم ١٢٩ (١٤/٣) في الدورة الرابعة عشرة بدولة قطر، مضافاً إليه عقد الإجارة على عمل في عقدي التشغيل والصيانة.

(١٠) تتحقق من خلال هذا العقد الكثير من المقاصد الشرعية ومقاصد المكلفين المبنية على المصالح المعتبرة شرعاً منها: توفير المرافق المدنية للبلاد مما يسهم في راحة المجتمع ورفاهيته، تنمية المال واستثماره بطرق شرعية، جلب خبرات، وصناعات مالية، وحرفية جديدة، وقضاء على البطالة في المجتمع، وقطع لأسباب النزاع والخصومة.

(١١) يعد هذا العقد الأنسب حلاً للأوقاف الخربة عديمة الدخل حيث يحقق المقصد الشرعي من الوقف بالحفاظ على الأصول، وتحقيق مصلحة الموقوف عليهم بشكل دائم.

(١٢) العلاج المشروع لتفادي محظور الربا في هذا العقد هو مشاركة البيوت والمؤسسات المالية الكبيرة، ولا شك أن هذا أكثر ربحية، وأحسن عملاً.

(١٣) أوجد الشارع الحكيم أساليب فقهية توفيقية لمنع بطلان العقد إذا حدث خلل شرعي ببعض أطرافه بحيث لا ينتقض جميعه، وذلك بتطبيق قاعدة (تفريق الصفقة).

(١٤) قد يتعرض المشروع لحدث طارئ لم يكن في الحسبان من غلاء، أو كارثة من الكوارث، سبيل الخلاص من ذلك اللجوء إلى النظرية الفقهية: (الظروف الطارئة) لإنصاف كافة الأطراف.

والله المستعان، وهو نعم المولى ونعم النصير، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

كتبه

عبد الوهاب إبراهيم أبوسليمان

حرر في مكة المكرمة ١٤٢٩/١٢/٢٥هـ

❋ ❋ ❋

مصادر بحث
عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك

المصادر العربية:

١ - البغدادي المالكي، القاضي عبد الوهاب. التلقين. الطبعة الأولى. المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، عام ١٤١٣هـ.

٢ - ابن رشد القرطبي (الجد)، أبو الوليد محمد بن أحمد (ت ٥٢٠هـ). البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليق في مسائل المستخرجة. الطبعة الأولى تحقيق محمد الحجي. بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام ١٩٨٤/١٤٠٤.

٣ - ابن رشد القرطبي (الحفيد) أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد (٥٢٠ - ٥٩٥هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد. الطبعة الأولى، تحقيق ماجد الحموي. بيروت: دار ابن حزم، عام ١٩٩٥/١٤١٦.

٤ - الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري. شرح حدود ابن عرفة الموسوم (الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية) الطبعة الأولى تحقيق محمد أبو الأجفان، والطاهر المعموري. بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام ١٩٩٣.

٥ - أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم. فقه المعاملات الحديثة مع مقدمات ممهدات وقرارات. الطبعة الثانية. الدمام: دار ابن الجوزي، عام ١٤٢٦هـ.

٦ - البشبيشي، أمل نجاح. نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T. الكويت: المعهد العربي للتخطيط، سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية، العدد الثاني والثلاثون/أغسطس/آب ٢٠٠٤.

٧ - ابن عابدين، محمد أمين بن عمر. رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين). ط.د. بيروت: دار إحياء التراث العربي.

٨ - ابن القيم، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر. إعلام الموقعين عن رب العالمين. الطبعة الأولى، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد. مصر: المكتبة التجارية الكبرى، عام ١٩٥٥/١٣٧٤.

٩ - الكوزة يانكي، ملا صالح، تحفة الطالبين في قسم المعاملات من فقه الشافعي، ط.د. إعداد عبد الحكيم عثمان صالح، الموصل: مكتبة بسام، عام ١٩٨٥.
١٠ - مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي. قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي. الطبعة الثانية. دمشق: دار القلم، عام ١٤٠٩/١٩٨٨.
١١ - الموسوعة الفقهية الكويتية. الطبعة الثانية. الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، عام ١٤٠٨/١٩٨٨.

المصادر الأجنبية:

١٢ - http;//en.WIKIPEDIa.org/WIKI/BUILD-OPERATE-TRANSFERE.
١٣ - http;//moc.gov.kh/laws -regulation/ank-bot.htm.
١٤ - LARRY D. QI&SUSHENG, BOT CONTRACTS:INCENTIVES AND EFFICIONCY.
١٥ - http//www.worldbank.org/water/wstoolkits/kit3/kit3-21.html.
١٦ - www.mcmullan.net?eclj?bot/html.
١٧ - Http://en.wikipegedia.org/build-operatetransfer.
١٨ - http:/www.bvon.com/resours/ vnBUSINESS?DOCUMENT = LAW&DOCUMENT = BOT.

❊ ❊ ❊

«عقد البناء والتشغيل والإعادة»
(B.O.T)
«في تعمير الأوقاف والمرافق العامة»

الدكتور عكرمة سعيد صبري
إمام وخطيب المسجد الأقصى المبارك
القدس

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا وحبيبنا محمد النبي الأمي الأمين وعلى آله الطاهرين المبجّلين وصحابته الغرّ الميامين المحجلين ومن تبعهم وخطا دربهم واقتفى أثرهم واستن سنتهم بإحسان إلى يوم الدين. أما بعد:

فإن عقد B.O.T وما يتفرع عنه يُعد من العقود الاقتصادية المتطورة، والتي تفعّل القطاعين: الحكومي والشعبي، وأنها تنمّي الأموال المجمدة والمكدّسة، كما تنعش الاقتصاد المحلي والإقليمي والدولي. وقد حاولت في هذا البحث تقصي الحقائق بشأن هذه العقود حتى أتمكن تأصيلها من الناحية الشرعية، وكذلك تكييف هذه العقود شرعاً، وذلك من خلال تسعة محاور مع التوثيق بالمصادر والمراجع ما أمكنني ذلك.

وآمل أن أكون قد وفقتُ بإعطاء صورة واضحة عن هذه العقود.

فإن أصبت فذلك بتوفيق من الله رب العالمين، وإن أخطأت فمن نفسي، والكمال لله وحده.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الباحث:

د. عكرمة سعيد صبري

القدس

٢٥/شوال/١٤٢٩هـ

٢٤/تشرين الأول/٢٠٠٨م

* * *

المحور الأول

مفردات ومصطلحات لعقد البوت (B.O.T)

إن رمز B.O.T هو اختصار لثلاث كلمات، وهي: Build وتعني البناء والإشادة، وOperator، وتعني التشغيل أو الاستثمار، وTransfer وتعني هنا: الإعادة أو التحويل أو التسليم.

أي: تتولى شركة أو شركات (التي تمثل القطاع الخاص) بناء المشروع المتفق عليه على أرض الحكومة، وتشغيل المشروع واستثماره من قبل الشركة خلال مدة معينة ثم تؤول الأرض وما عليها من المشاريع إلى الحكومة (والتي تمثل القطاع العام)، بعد إنتهاء المدة وبدون مقابل[1].

❋ ❋ ❋

---

(١) الصيغ القانونية ودورها في جذب التمويل للخدمات والمرافق البلدية للأستاذ هاشم عوض عبد المجيد ـ محام ومشتشار قانوني ـ الرياض ص٩٢. وتطوير الصيغ التعاقدية لتفعيل خصصة الخدمات والمرافق العامة للأستاذ هاشم عوض عبد المجيد أيضاً ص٢١٧. وعقد البوت الدكتور جابر نصار ص٣٨ ودراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية للدكتور أحمد بن حسن الحسني ـ أستاذ بقسم الاقتصاد الإسلامي ـ كلية الشريعة بجامعة أم القرى ـ مكة المكرمة ص٥ وص٧.

المحور الثاني

عقود سبقت عقد B.O.T

لا نستطيع القول: إن عقد B.O.T السائد حالياً في العالم هو عقد مبتكر في كليته، فهناك عقود سبق أن أبرمَت في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين للميلاد عرفت بعقود الإمتياز تشبه إلى حدّ ما عقد B.O.T وذلك في فرنسا ومصر وسوريا وغيرها من دول العالم حيث استخدمت فرنسا عقود الإمتياز لتنفيذ مشروعات سكك الحديد ومحطات الكهرباء والتزويد بمياة الشرب. كما أن مصر عرفت هذا النظام في الأربعينيات من القرن الماضي حيث تم تزويد مصر الجديدة ـ من أحياء القاهرة ـ بالكهرباء والماء وخطوط القطارات وفق هذا النظام، كما تُعدّ قناة السويس بمصر من الأمثلة الشهيرة لعقود الامتياز في نهايات القرن التاسع عشر للميلاد.

ثم أهمل العمل بعقود الامتياز حتى منتصف الثمانينات من القرن الماضي حيث حصل تطوران مهمان على صعيد تطبيق هذا النظام، وهما:

١. تمّ توقيع اتفاقية تنفيذ نفق المانش الذي يربط بين بريطانيا وفرنسا أسفل بحر المانش وذلك بين كل من الحكومة البريطانية والحكومة الفرنسية من جهة وبين شركة يوروتانال Euro tunnel من جهة أخرى.

٢. دعوة رئيس وزراء تركيا وقتئذ (تورجوت أوزال) Turgot Ozal لاستخدام هذا الأسلوب في تنفيذ مشروعات البنية التحتية في تركيا، ويرجع إليه الفضل في استخدام تعبير B.O.T لأول مرة، وذلك سنة ١٩٨٠م(١).

---

(١) الصيغ القانونية ودورها في جذب، التمويل للخدمات والمرافق البلدية ص٩٠. وتطوير الصيغ التعاقدية لتفعيل خصخصة الخدمات والمرافق العامة ص٢١٧ والاقتصادية ص١ وص٢.

ويمكن القول: إن عقود الإمتياز السابقة ينطبق عليها غالباً عقد B.T. أي: (Build - Trnsfer)[1].

❋ ❋ ❋

(١) تطوير الصيغ التعاقدية لتفعيل خصصة الخدمات والمرافق العامة ص٢١٥.

المحور الثالث

التعريف والوصف لعقد B.O.T

لم أطلع على تعريف محدد مصطلح عليه لعقد B.O.T، وإنما وجدت وصفاً لهذا العقد وذلك وفق وصف الأمم المتحدة على النحو التالي:

هو شكل من أشكال تمويل المشروعات امتيازاً لصوغ مشروع معين، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات، وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة، إذاً يعرف B.O.T بأنه قيام الحكومة بمنح مَنْ يرغب في الاستثمار في مشروعات البنية الأساسية أو المرافق العامة من الأفراد أو الشركات الخاصة فرصة إقامة المشروع، وتحمل المستثمر أعباء شراء وتزويد المشروع بالآلات والمعدات والتكنولوجيا المتقدمة إلى جانب النفقات التشغيلية، وذلك مقابل حصول المستثمر على إيرادات تشغيل المشرع خلال فترة الاميتاز، تتراوح في العادة ما بين ٢٠ ـ ٥٠ عاماً. وقد تزيد على هذه المدة حسب نوع العقد والنشاط، مثال على ذلك: نفق المانش الذي يربط بين بريطانيا وفرنسا ويقع أسفل بحد المانش، فإن مدة الامتياز ٥٥ عاماً وتكلفته بحدود (٢٠) مليار دولاراً أمريكياً، حيث يتم تحديد مدة الامتياز وفقاً لتقديرات الدولة المانحة للامنياز مراعاة للمصلحة العامة. وبعد انتهاء مدة الامتياز فإن المشروع يتحول بكل أصوله المنقولة والثابتة إلى الدولة أو يجدد عقد التأجير لهذه الشركة أو لغيرها أو تقوم الدولة بتشغيله واستثماره بشكل مباشر[(١)].

---

(١) دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية ص١٢، والاقتصادية ص٣ وص٤.

المحور الرابع

الفرق بين عقد الامتياز السابق وبين عقد B.O.T

أرى أن الفرق بين العقدين يبرز فيما يأتي:

١. إن عقد الامتياز السابق عبارة عن تنفيذ للمشروع مقابل مال يتفق عليه مع الحكومة التي تدفعه إلى منفذ المشروع بشكل مباشر بعد استلامها للمشروع. أما في عقد B.O.T فإن الشركة تستوفي رأس المال والأرباح من الجمهور في الغالب بالتشغيل والاستثمار خلال المدة التي يتفق عليها.

٢. إن عقد B.O.T ينشط القطاع الخاص ويتفاعل معه بصورة أوسع، أما عقود الامتياز أشبه ما تكون بعقود.B.T فقط أي: بدون تشغيل.

٣. إن التعاون بين القطاع الخاص والقطاع العام من خلال عقد B.O.T أقوى منه من خلال عقد الامتياز[1].

❋ ❋ ❋

---

(١) تطوير الصيغ التعاقدية لتفعيل خصخصة الخدمات والمرافق العامة ص٢١٥ وص٢١٦.

المحور الخامس
أنواع عقد B.O.T وصيغه

لقد تم تطوير أنواع وصيغ من العقود تنبثق من عقد B.O.T، وذلك للمساهمة من القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية بشكل أوسع، أذكر عدداً منها:

أولاً: عقد البناء والتملك والتشغيل ثم الإعادة Build-Own-Operator-Transfer (B.O.O.T). وهذا العقد يشبه عقد B.O.T من حيث وجود الطرفين المتعاقدين:

الطرف الأول: الحكومة أو ممثلوها، والطرف الآخر شركة المشروع. إلا أن هذا النوع يختلف عن النوع الرئيسي B.O.T بأن الحكومة تمنح حق التملك لشركة المشروع وذلك من خلال فترة الامتياز حيث تقوم الشركة بتنفيذ المشروع واستثماره وتشغيله واستيفاء الرسوم المفروضة على الجمهور المستفيدين من خدمات هذا المشروع، وذلك لتغطية تكاليف التشغيل ودفع التزامات التمويل وما يزيد عن ذلك يكون ربحاً للشركة. وبعد انتهاء فترة الامتياز تتنازل الشركة عن ملكية وتشغيل المشروع للطرف الأول (الحكومة) بدون مقابل.

ثانياً: عقد البناء والتملك والتشغيل Build - Own - Operator B.O.O:

وهو كالعقدين السابقين إلا أنه يختلف عنهما بأن الطرف الثاني في هذا العقد (شركة المشروع) لا يلتزم بعد إنتهاء فترة الامتياز بتحويل أو إعادة ملكية المشروع للحكومة، وإنما يتولى المساهمون في الشركة التصرف بالمشروع. مع الإشارة إلى أن الحكومة لا ترحب بمثل هذا العقد إلا في بعض الحالات النادرة كأن تنتهي حاجة الحكومة من

الاستفادة من المشروع بعد إنتهاء فترة الامتياز، أو يكون المشروع قريباً من نهاية عمره الافتراضي.

ثالثاً: عقد البناء والتأجير ثم التحويل Build - Lease - Transfer (B.L.T):

وبموجب هذا العقد يمنح الطرف الأول (الحكومة) امتيازاً للطرف الثاني (شركة المشروع) لإقامة وبناء المشروع، ويكون في الغالب مبنى حكومي مثل: مدارس أو مكاتب حكومية، وبعد الانتهاء من إقامته وبنائه يقوم الطرف الأول (الحكومة) باستئجاره من الطرف الثاني طوال فترة الامتياز. ومن المفترض أن يغطي مجموع الإجارات تكلفةَ المشروع إضافة إلى مقدار من الربح المناسب للشركة. وبعد انتهاء فترة الامتياز يتم تحويل المشروع للطرف الأول (الحكومة) بدون مقابل.

رابعاً: عقد البناء ـ التملك المرحلي ـ التأجير التمويلي ـ التحويل Build - Own - Lease - Transfer (B.O.L.T).

وهذا النوع من العقود يتناسب مع المشروعات التي تحتاج إلى آلات ومعدات رأسمالية لتشغيلها كما تصلح في حال إذا كانت شركة المشروع غير قادرة على تشغيله فتقوم بتأجيره لشركة أخرى لتشغيله وإدارته خلال فترة الامتياز أو تقوم الحكومة بتأجير المشروع مقابل حق الانتفاع.

خامساً: عقد البناء ـ الإعادة Build - Transfer (B.T)، هذا العقد الذي كان سائداً قبل ظهور عقد (B.O.T)[1].

❋ ❋ ❋

---

(١) مجلة الاقتصادية ص٣ وص٤ ودراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية ص١٩ وص٢٠ والصيغ القانونية ودورها في جذب التمويل للخدمات والمرافق البلدية ص٩٢ وتطوير الصيغ التعاقدية لتفعيل خصخصة الخدمات والمرافق العامة ص٢١٥ وص٢١٦.

المحور السادس
التأصيل الشرعي

هناك عدد من الآيات الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة التي تؤصل تأصيلاً شرعياً للعقود المستحدثة التي تبرم في هذه الأيام، فمن هذه الأدلة:

١. قال عز وجل: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۖ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾(١). فهذه الآية الكريمة ترّغب في التعاون بل تحثّ عليه وتأمر به، وجاء التعاون بنص عام فهو يفيد العموم، وإن الشركات المبرومة بين القطاع العام والقطاع الخاص تقوم على التعاون بما هو مفيد للمجتمع وللشركات وللأفراد.

٢. قال سبحانه وتعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾(٢)... فإن لفظ (القوة) جاء عاماً فلا يقتصر على القوة العسكرية فحسب بل هو شامل لجميع الصور والحالات التي تفيد القوة في المجالات الاقتصادية والصحية والثقافية والتعليمية والبنية التحتية. وكذلك القوة الروحية والمعنوية، وغيرها. فهي جميعها تعطي قوة للأمة وللمجتمع، وأن إقامة المشاريع المتعلقة بالبنية التحتية وبسكة الحديد والقطارات والمياه والكهرباء والطرقات تعطي قوة للأمة وللمجتمع. وأن الإرهاب الوارد في هذه الآية الكريمة هو لردع العدو ومنعه من الاعتداء على المسلمين. فحينما يكون المسلمون أقوياء فإن العدو لا يتجرأ باعتدائه عليهم، فهو أسلوب وقائي

---

(١) سورة المائدة الآية ٢.

(٢) سورة الأنفال الآية ٦٠.

لمنع وقوع الحرب. أما تفسير الغرب للإرهاب يتناقض ولا ينسجم مع التفسير الشرعي للإرهاب.

٣. قال رب العالمين: ﴿...فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ...﴾[(١)]... فهذه الآية الكريمة تقرر الشراكة بين المستحقين في الميراث، ويقاس عليها أي شركة تتم بين طرفين فأكثر، فالقرآن الكريم قد أقرَّ مبدأ الشراكة.

٤. قال تبارك وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[(٢)] والعقود لفظ عام فيشمل الاتفاقات والمواثيق والعهود الدولية كما يشمل المعاملات من عقود البيع والإجارة والنكاح وغيرها. كما يشمل العهود التي عاهدها المؤمنون ربهم سبحانه وتعالى، والالتزام بها وعدم نقضها.فالقرآن الكريم قد أقر مبدأ العقود[(٣)].

٥. يقول رسولنا الأكرم محمد ﷺ في الحديث القدسي: «أنا ثالث الشريكين، ما لم يخن أحدهما صاحبه. فإذا خانه خرجتُ من بينهما»[(٤)]. فهذا الحديث القدسي يقرر مبدأ الشراكة أولاً ثم يركز على الأمانة والإخلاص من قبل الشريكين، وحرصهما على استمرارية المشاركة[(٥)].

---

(١) سورة النساء الآية ١٢.

(٢) سورة المائدة الآية ١.

(٣) تفسير الطبري ـ المجلد الرابع جـ٦ ص٣١ والمحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز (تفسير ابن عطية) جـ٤ ص٣١٥ وفتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير ـ المجلد٢ ص٤ وص٥ وتيسير الكريم الرحمٰن في تفسير كلام المنان للشيخ عبد الرحمٰن السعدي جـ١ ـ ص٢٦٢ والتفسير الواضح الميسر ـ الشيخ محمد علي الصابوني ص٢٤٠.

(٤) أخرجه البيهقي ـ باب الشركة جـ٦ ص٧٨ حديث رقم ١١٤٢٤، والحاكم في البيوع في كتابه المستدرك جـ٢ ص٥٢ وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه ووافقه الذهبي. وانظر أيضاً الترغيب والترهيب لابن المنذري جـ٢ ص٩٥٢ ومشكاة المصابيح للخطيب التبريزي رقم ٢٩٣٣.

(٥) كتاب (المنتقى من أحاديث المصطفى ﷺ) للدكتور عكرمة سعيد صبري ص٤٠٢ و٤٠٣.

٦. يقول الرسول ﷺ: «سبع يجري للعبد أجرهن وهو في قبره بعد موته: مَنْ علمَ علماً، أو كرى نهراً، أو حفر بئراً، أو غرس نخلاً، أو بنى مسجداً، أو ورّث مصحفاً، أو ترك ولداً يستغفر له بعد موته»(١). ويفهم من هذا الحديث النبوي الشريف أن ديننا الإسلامي العظيم يحث على العمل والجد والإنتاج في مرافق الحياة كلها، كما يدعو إلى إقامة المدارس والمعاهد ويشجع على العلم. وفي لفظ: (أجرى نهراً) بدلاً من: (كرى نهراً).

٧. يقول عليه الصلاة والسلام «لا يغرس المسلم غرساً ولا يزرع زرعاً فيأكل منه إنسان ولا دابة ولا شيء إلا كانت له صدقة»(٢). وكذلك الأمر بالنسبة لهذا الحديث النبوي الشريف فإنه يحث على الزراعة وعلى التعاون أيضاً، ولا يتحقق ذلك كله إلا بإشادة البنية التحتية للمجتمع في مختلف المجالات(٣).

❋ ❋ ❋

---

(١) أخرجه البزار عن الصحابي الجليل أنس بن مالك رضي الله عنه، كما أخرجه ابن ماجه وابن خزيمة عن الصحابي الجليل أبي هريرة رضي الله عنه مع اختلاف بسيط في الألفاظ (صحيح الجامع الصغير وزياداته جـ١ ص٦٧٤ رقم الحديث ٣٦٠٢، تحقيق الألباني وقال: حديث حسن وصحيح الترغيب جـ٢ ص٥٢ رقم الحديث ٧٤، وإعلاء السنن للتهانوي جـ١٣ ص٢٢٤ رقم الحديث ٤٥٥٨ وقال: صحيح).

(٢) رواه مسلم وأحمد والدارمي عن الصحابي الجليل جابر بن عبد الله رضي الله عنهما. كما رواه الطبراني باسناد حسن عن الصحابي الجليل عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما (صحيح مسلم رقم ١٥٥٢ في المساقاة باب فضل الغرس والزرع من حديث الليث عن أبي الزبير عن جابر. ومسند أحمد جـ٣ ص١٤٧ عن طريق أبي معاوية عن سفيان عن الأعمش، وسنن الدرامي رقم ٢٦١٠ جـ٢ ص١٤٢ عن طريق جابر).

(٣) كتاب (المتجر الرابح في ثواب العمل الصالح) ـ باب ثواب مَن سقى آدمياً أو حفر بئراً ص١٥٦ وباب ثواب من زرع زرعاً أو غرس شجراً ص١٦٠ للإمام الحافظ شرف الدين الدمياطي ـ مطبعة بيت المقدس ـ ١٩٩٨م ـ بيروت ـ لبنان.

المحور السابع

التكييف الشرعي لعقد (B.O.T) وما يتفرع عنه

بعد الاطلاع على طبيعة عقد (B.O.T) وتفصيلاته وما يتفرع عنه من عقود أشير إلى التكييف الشرعي لهذه العقود، وذلك على النحو الآتي:

١. مشروعية مشاركة القطاع الخاص للدولة:

كما هو معلوم بداهة أن الدولة تقع على عاتقها مسؤولية إقامة مشاريع البنية التحتية والمرافق العامة في المجتمع، مثل: مشاريع سد الثغور وشق الطرق وتوفير المياه والكهرباء والصرف الصحي، وكل مشروع يؤدي إلى النفع العام، بحيث يتم تمويل هذه المشاريع وغيرها من المشاريع العامة من خزينة الدولة، وما يعرف لدى المسلمين ببيت المال. وإذا لم تكف موارد بيت المال فلا مانع شرعاً أن يشارك القطاع الخاص في تغطية هذه المشاريع: جميعها أو بعضها، وهذا ما ورد في كتاب (الخراج) للإمام القاضي أبي يوسف ـ رحمه الله ـ الذي أوصى الخليفة العباسي هارون الرشيد باتباع نصائحه التي قدمها له والتي منها ما يتعلق بالنفقات على مشاريع البنية التحتية التي يعمّ نفعها على المسلمين عامة، فيقول أبو يوسف في هذا المجال. (... وإذا إحتاج أهل السواد إلى كري أنهارهم العظام التي تأخذها من دجلة والفرات كريت لهم، وكانت النفقة من بيت المال ومن أهل الخراج، ولا يحمل ذلك كله على أهل الخراج)[1]. وأما ما يتعلق بالمشاريع التي يخص نفعها على شريحة معينة من المجتمع فينبغي على هذه الشريحة مشاركة الدولة في

(١) كتاب (الخراج) ـ فصل في تقبيل السواد ـ ص١١٩ الطبعة الرابعة ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م ـ المطبعة السلفية بالقاهرة ـ أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم توفي ١٨٢هـ/٧٩٨م.

تمويلها أو القيام بها بمفردها. فيقول أبو يوسف في هذا المجال: (... وأما الأنهار التي يجرونها إلى أراضيهم ومزارعهم وكرومهم ورطابهم وبساتينهم ومباقلهم وما يشبه ذلك فكريهم عليهم خاصة ليس على بيت المال من ذلك شيء)[1].

يفهم من ذلك أن المشاريع المتعلقة بالبنية التحتية تتولاها الدولة بمفردها فهي مسؤوليتها. أما المشاريع التي تخدم شرائح معينة من المجتمع فهي من مسؤولية القطاع الخاص في إقامتها وتمويلها بمفرده أو بمشاركة القطاعين العام والخاص.

٢. الحكم الشرعي في الصيغ التعاقدية لعقد B.O.T:

لدى استعراضنا لصيغ التعاقد لـ B.O.T وللأنواع المنبثقة عنها نجد أن هذه الصيغ تقوم بين الطرفين: الطرف الأول هو الحكومة صاحبة الأرض التي سيقام عليها المشروع من مشاريع البنية التحتية، وهي صاحبة الحق في منح الامتياز. والطرف الثاني هو الشركة المنفِّذة للمشروع والتي حصلت على حق الامتياز. فهذا التعاقد بهذه الصورة هو تعاقد مشروع حيث إن الشريعة الإسلامية تقر الإيجاب والقبول بين المتعاقدين شريطة أن يكون موضوع العقد مشروعاً. وبما أن هذه المشاريع تتعلق بالبنية التحتية مثل: مدّ خطوط سكك الحديد أو المياه أو الكهرباء أو الصرف الصحي كل ذلك من الأمور المشروعة والتي تهم المواطنين عامة، كما أن الربح الذي ستحصله الشركة بعد تنفيذ المشروع هو أمر مشروع أيضاً. ويجوز لشركة المشروع أن تتعاقد مع شركات أخرى ذات اختصاص مثل: شركة تصميم البناء ومرافقه، وشركة تمديدات التدفئة، وشركة أخرى للكهرباء وهكذا. وتكون علاقة هذه الشركات الفرعية قائمة مع الشركة الأم وعلى مسؤوليتها، ولا علاقة للطرف الأول (الحكومة) بهذه الشركات.

---

(١) كتاب الخراج ص١١٩.

٣. الاقتراض من البنوك والمصارف:

تلجأ بعض شركات القطاع الخاص إلى الاقتراض من المؤسسات المالية والمصرفية والبنوك التقليدية، بدعوى أن تكلفة المشروع الذي أُحيل إليها أكبر من طاقتها ومن حجمها المالي. وأقول: إن هذا الاقتراض غير مشروع بل هو محرم، ثم كان الأولى بالشركة أن لا تأخذ مشاريع فوق طاقتها.

مع التأكيد على حرمة الربا لأن التعامل بالربا من الكبائر، والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ ۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْ ۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ۚ فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ ۖ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ ۖ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ ﴿٢٧٥﴾ يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرْبِى ٱلصَّدَقَٰتِ ۗ وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ ﴿٢٧٦﴾﴾[1] ويقول عز وجل في السورة نفسها ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾﴾[2] وروى الصحابي الجليل جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قائلاً «لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديْه، وقال: هم سواء»[3]. وقال عليه الصلاة والسلام في حديث نبوي شريف آخر: «اجتنبوا السبع الموبقات». قيل: يا رسول الله، وما هن؟ قال: «الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل مال اليتيم، وأكل الربا، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات»[4].

---

(١) سورة البقرة الآيتان ٢٧٥ و٢٧٦.

(٢) سورة البقرة الآيتان ٢٧٨ و٢٧٩.

(٣) أخرجه مسلم في المساقاة عن عبد الله بن مسعود رقم ٤٠٦٨ وعن جابر بن عبد الله رقم ٤٠٦٩.

(٤) متفق عليه عن الصحابي الجليل أبي هريرة رضي الله عنه (صحيح مسلم ـ كتاب الإيمان ـ رقم ٢٦٢).

٤. حلول مشروعة للشركة:

أرى أن شركة المشروع أمامها احتمالان حينما يكون المشروع أكبر من طاقتها، وهذان الاحتمالان هما:

أ. أن تدخل شركة المشروع في الشراكة مع شركات أخرى لتقوى على التنفيذ، ويتفق حينئذ على نسبة المشاركة ونسبة الأرباح، شريطة أن يكون ذلك بموافقة الطرف الأول (الحكومة).

ب. أو أن تستعين شركة المشروع بالمصارف الإسلامية عن طريق المشاركة أيضاً حيث تساهم هذه المصاريف برأس مال المشروع بنسبة يتفق عليها، وتقدر نسبة الربح أيضاً. ولكن حين وقوع خسارة فإنها توزع على حسب رأس المال، والوضيعة على قدر المال كما يقول الفقهاء[1].

وبناءً على ما تقدم يمكن تكييف هذا العقد على أنه يشتمل على شركة عنان وشركة مضاربة وهو عقد جائز شرعاً فقد ورد في كتاب المغني لابن قدامة ما نصه: (أن يشترك مالان، وبدن صاحب أحدهما، فهذا يجمع شركة ومضاربة، وهو صحيح، فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف وللآخر ألفان، فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف أن يتصرف فيها على أن يكون الربح بينهما نصفين صح...)[2].

٥. حل فيه غرر ومخاطرة:

هناك حل ثالث من خلال طرح أسهم للاكتتاب من قبل شركة المشروع، بحيث تستوفي الشركة التمويل اللازم من المكتتبين قبل البدء بالتنفيذ، وأن المساهمين سيأخذون الأرباح مستقبلاً على عدد أسهمهم بعد استفتاء التكاليف. وعلى المؤسسين أن يوضحوا للمساهمين سلفاً بضرورة التنازل عن حصصهم وأسهمهم للحكومة بعد الانتهاء من فترة الامتياز المتفق عليها.

---

(١) المغني لابن قدامة - جـ٥ ص٣٧ - مكتبة الرياض الحديثة ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م.

(٢) المغني لابن قدامة جـ٥ ص٢٧.

وأن الذين يطرحون هذا الحل يقيسونه على عقد السلم. وأرى أن هذا قياس مع الفارق، وأن هذا الحل قد أخرج عقد B.O.T عن صورته الأصلية، بالإضافة لما يصاحب هذا الحل من غرر ومخاطرة، فلا أنصح به.

ويمكن القول: إن عقد B.O.T وما انبثق عنه من عقود هي عقود مشروعة باستثناء العقد المتعلق بالتملك، فهذا العقد يصطدم مع استثمار الأراضي الوقفية، لأنه لا مجال لتمليك أي شخص أو شركة أرضاً وقفية، فالوقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث فهو لله عز وجل(١).

فعن نافع عن الصحابي الجليل عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن عمر بن الخطاب أصاب أرضاً بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال: «يا رسول الله، إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه فكيف تأمرني به؟ قال ﷺ: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها. قال: فتصدقَ بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث...»(٢).

كما أن تملك الأراضي الحكومية من قبل الشركات فيه مخاطر ومحاذير.

---

(١) فتح القدير جـ٦ ص٢٠٣ والبناية جـ٦ ص١٤١ والبحر الرائق جـ٥ ص٢٠٢ وحاشية الطحطاوي على الدر المختار مجلد٢ ص٥٢٨ والوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق ص٣٢.

(٢) متفق عليه واللفظ للبخاري (صحيح البخاري جـ٤ ص١٦٢ ـ باب أوقاف أصحاب النبي ﷺ، وجـ٤ ص٤٣٨ باب الشروط في الوقف، وجـ٥ ص١٥ ـ باب هل ينتفع الواقف بوقفه، وجـ٥ ص١٦ باب إذ وقف شيئاً فلم يدفعه إلى غير جائز، وجـ٥ ص٢٣ باب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم، وجـ٥ ص٢٨ باب الوقف كيف يكتب، وجـ٥ ص٢٩ باب الوقف للغني والفقير والضعيف، جـ٥ ص٣٠ باب نفقة القيم للوقف، وجـ٥ ص٣٢ باب اذا وقف أرضاً أو بئراً). ورواه مسلم (صحيح مسلم بشرح النووي جـ١١ ص٨٥ وص٨٦، والسراج الوهاج جـ٦ ص١٩٢ ـ ص١٩٤ باب الوقف للأصل والصدقة بالغلة) رواه أبو داود (سنن أبي داود جـ٣ ص١١٦وص١١٧ رقم ٢٨٧٨ ـ كتاب الوصايا ـ باب ما جاء في رجل بوقف الوقف). رواه الترمذي (سنن الترمذي رقم ١٣٧٥ في الأحكام ـ باب الوقف) ورواه النسائي (سنن النسائي جـ٦ ص٢٢٩ ـ ص٢٣٢ رقم ٢٣٠ في الأحباس ورقم ٢٣١ باب كيف يكتب الحبس) ورواه ابن ماجه (سنن ابن ماجه جـ٢ ص٨٠١ رقم ٢٣٩٦ ـ كتاب الصدقات ـ باب مَنْ وقف).

المحور الثامن
إجارة الوقف

الإجارة لغةً مأخوذ من الأجرة وهي الكراء والمعنى واحد وهو العِوَض. قال سبحانه وتعالى: ﴿لَوْ شِئْتَ لَتَخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾[1] ومنه سمي الثواب أجراً لأن الله عز وجل يُعوضُ العبد به على طاعته أو صبره على مصيبته[2]. ومعنى الإجاره اصطلاحاً: عقد على المنافع بعوض أو تمليك المنافع بعوض. والإجارة نوع من أنواع البيوع فهي بيع المنافع، والمنافع بمنزلة الأعيان لأنه يصح تمليكها[3]. وتُعدّ الإجارة صورة من صور استثمار الوقف حيث يتم تأجير العقارات الوقفية من دكاكين ومكاتب ومساكن، وذلك بأجرة المثل. هذا وإن الإجارة للعقارات عبارة عن ثلاثة أنواع:

١. الإجارة غير المحددة بمدة معينة والتي تعرف بالحكر.

٢. الإجارة المحددة بمدة طويلة.

٣. الإجارة المحددة بمدة قصيرة.

أتناول كل نوع بإيجاز:

أولاً: الإجارة غير المحددة بمدة معينة (الحكر):

هو عقد إجارة يقصد به إبقاء الأرض الموقوفة في يد المستأجر بقصد البناء عليها أو غرسها بالأشجار المثمرة أو لأي غرض آخر متفق

---

(١) سورة الكهف الآية ٧٧.

(٢) لسان العرب لابن منظور جـ٤ ص١٠ وص١١، والمصباح المنير جـ١ ص٦ وص٧ ومختار الصحاح ص٦ وص٧.

(٣) وتحفة الفقهاء جـ٣ ص٥١٤ وص١٥١ والشرح الصغير جـ٤ ص٦ والأم جـ٤ ص٣٤ والمغني جـ٥ ص٤٣٣ (طبعة الرياض).

عليه، وذلك على نفقة المستأجر بحيث لا يضر بالوقف لقاء أن يدفع المستأجر أجراً رمزياً محدداً يتفق عليه، ودون تحديد مدة زمنية، بحيث ينتقل التحكير من الآباء إلى الأبناء، ومن الأبناء إلى الأحفاد تلقائياً. أي أن عقد التحكير يورّث!! وقد ظهرت فكرة التحكير في القرن السابع عشر للميلاد (أي: في العهد العثماني التركي) وذلك بسبب الحرائق المتعددة التي وقعت في مدينة إستانبول وفي بعض المدن الكبرى في بلاد الأناضول فلم يُعد لدائرة الأوقاف في استنبول القدرة على متابعة شؤون الأراضي الوقفية الواسعة والمنتشرة في أرجاء البلاد فلجأت إلى عقد التحكير لتشجيع الناس على الاستثمار دون أن تلتفت إلى النتائج السلبية لهذا العقد، وقد أجاز بعض فقهاء الحنفية هذا العقد[١].

أما رأي الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة ورأي للحنفية) فقالوا بأنه لا يجوز أن تكون إجارة الوقف مطلقة دون تحديد بمدة معينة. بل يجب تحديد الأجرة بمدة زمنية وذلك قياساً على تأجير الأعيان بشكل عام. فلا توجد إجارة دون تحديد لها[٢]. والملاحظ على أرض الواقع أن إطلاق الإجارة دون تحديد قد أدى إلى الإضرار بالمستحقين للوقف، كما أدى إلى ضياع عين الوقف وإلى طمع المستأجرين بالأراضي الوقفية الذين أخذوا يدعون بملكيتها!! وإني إذ

---

(١) كتاب الإسعاف ص٥٢ وص٥٣. وحاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٤١، وجـ٤ ص٢٢، وجـ٥ ص٢٧ وص٢٨ ـ الطبعة التركية. وأنفع الوسائل ص١٩٨. والفتاوى الخانية جـ٣ ص٣٣٢ ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام تأليف علي حيدر ص٥٢٣ وكتاب الوقف في الشريعة والقانون ـ زهدي يكن ص١٠١ وص١٠٢ وص١٠٥ وص١٠٦ والوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق ـ الدكتور عكرمة سعيد صبري ص٢٩٢ وص٢٩٣.

(٢) الخرشي جـ٧ ص٩٩ والشرح الصغير جـ٤ ص١٣٤ ومغني المحتاج جـ٢، ص٣٨٥ وأسنى المطالب جـ٢ ص٤٦٥ والمجموع جـ١٥ ص٣٦٦ وتحفة المحتاج جـ٦ ص٢٥٦ وكشاف القناع جـ٢ ص٤٦١ وغاية المنتهى جـ٢ ص٣٠٨ ومطالب أولي النهى جـ٤ ص٣١٥ وص٣١٦ وإعلام الموقعين جـ٣ ص٢٢٦ والإسعاف ص٥٣ وص٥٤ وأنفع الوسائل ص١٩٤ والفتاوى الخانية جـ٣ ص٣٣٢ والبحر الرائق جـ٥ ص٢٥٨ وص٢٦٦ والاختيار جـ٣ ص٤٧.

أرجح رأي الجمهور فهو أقوى وأسلم وأبعد نظراً، وأنه أيضاً ملتزم بقواعد الشريعة الإسلامية في المعاملات التي تشترط أن تكون العقود معلومة وغير مجهولة، وأن ما يجري على عقود الإجارة بشكل عام ينطبق على عقود إجارة الوقف بشكل خاص، وفي ذلك حماية لعين الوقف وحفظاً لحقوق المستحقين للوقف. وأن ضياع كثير من الأراضي الوقفية منذ العهد التركي وحتى الآن كانت نتيجة الجهالة في الأجرة وإطلاقها دون تحديد.

ثانياً: الإجارة المحددة بمدة طويلة:

هناك أراض وقفية مؤجرة لمدة طويلة تتراوح من خمس عشرة سنة حتى تصل إلى تسع وتسعين سنة!![1]. ولابن قيم الجوزية رأي معارض للإجارة الطويلة ويحمل حملة شعواء على الذين يقولون بها، وهو يؤيد الإجارة القصيرة بحيث لا تتجاوز ثلاث سنوات مع إحتمال تحديد العقد بحيث تبقى الأراضي والعقارات الوقفية تحت إدارة الوقف بشكل مباشر[2] وأرى أن تحديد المدة يحكمه أمران: مصلحة الوقف، والعرف السائد في العقود والمعاملات. وأرى أن لا تزيد المدة عن جيل واحد (والجيل يتراوح ما بين ٢٥ ـ ٣٠ سنة) وذلك في العقود المشابهة لعقد B.O.T وفي الأراضي الزرعية المشجرة.

ثالثاً: الإجارة المحددة بمدة قصيرة:

تتراوح المدة القصيرة من سنة واحدة إلى ثلاث سنوات إلا إذا تمّ الاتفاق بين الطرفين على خلاف ذلك. ويكون عقد الإجارة قابلاً

---

(١) فتح القدير جـ٦ ص٢٤٢ والإسعاف ص٥٣ وص٥٤ وحاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٤٩ والفتاوى الخانية (على هامش الفتاوى الهندية) جـ٣ ص٣٣٢ وص٣٣٣ وص٣٣٦. وشرح الخرشي جـ٧ ص٩٩ وص١٠٠ وحاشية العدوي على الخرشي جـ٧ ص٩٩ وص١٠٠ والدسوقي مع الشرح الكبير جـ٤ ص٩٦ والشرح الصغير جـ٤ ص١٣٣ وص١٣٤.

(٢) إعلام الموقعين جـ١ ص٢٢٦ وص٢٢٧.

للتجديد، وأن يكون مقدار الأجرة موازٍ لأجر المثل[1]، ومجال التأجير، كما أرى بهذه الصورة يكون للدكاكين والمكاتب والبيوت، والأراضي الزرعية غير المشجرة.

* * *

(١) فتح القدير جـ٦ ص٢٤٢ والإسعاف ص٥٣ وص٥٤ وحاشية ابن عابدين جـ٣ ص٥٤٩ والفتاوى الخانية (على هامش الفتاوى الهندية) جـ٣ ص٣٣٢ وص٣٣٣ وص٣٣٦ ومغني المحتاج جـ٢ ص٣٨٥ ومطالب أولي النهى جـ٤ ص٣١٥ وص٣١٦ وكشاف القناع جـ٢ ص٤٥١.

المحور التاسع
التطبيقات العملية للأراضي الوقفية

لقد دأبت وزارات الأوقاف ومؤسساتها في العالم العربي منذ النصف الثاني من القرن الماضي على استثمار الأراضي الوقفية غير الزراعية والتي يطلق عليها بالأراضي الملساء، وذلك بالطريقة التي تشبه ما يعرف بـ B.O.T.

ويمكن القول: إن الأوقاف الإسلامية قد وضعت خطة لاستثمار الأراضي الملساء على صورتين:

الصورة الأولى: أن تتولى الأوقاف الإسلامية بشكل مباشر بناء الدكاكين والمكاتب والمساكن على الأراضي الوقفية، ثم تعلن عن تأجير الدكاكين والمكاتب والمساكن عن طريق المزايدة (أي: أن الذي يدفع أجرة أكثر من الآخر يحق له أن يستأجر شريطة أن لا تقل الأجرة عن أجرة المثل.) أي يرسو عليه العطاء، ويتم إبرام عقد إجارة مع الوقف.

الصورة الأخرى: أن تتفق الأوقاف الإسلامية مع ممول أو أكثر أو شركة لتأجير الأراضي الوقفية بأجرة رمزية لمدة معينة (قد تتراوح المدة ما بين ١٥ ـ ٢٠ سنة) بحيث تكون الأوقاف الطرف الأول، وتكون شركة المشروع الطرف الثاني في العقد. فيقوم الطرف الثاني ببناء الدكاكين والمكاتب والمساكن على نفقته الخاصة حسب المخطط المتفق عليه. وبعد الانتهاء من إكمال المشروع يبدأ باستثمار العقارات التي بناها عن طريق التأجير حتى تنتهي المدة المتفق عليها. ويكون قد استرد الطرفُ الثاني رأس ماله مع استفتاء الأرباح. وفي غالب الأحيان تكون المدة خمس عشرة سنة وقد تمدُ إلى عشرين سنة حسب مصلحة الوقف وحسب الظرف العام. وبعد ذلك تتسلم الأوقاف الأرض وما عليها،

وتبدأ بالتأجير بأجرة المثل على الأقل، وتكون الأولوية في التأجير للمستأجر السابق، ولابد من إبرام عقود إجارة جديدة مع الأوقاف بأجرة المثل أو أكثر حسب ما تقتضيه مصلحة الوقف وحسب العرض والطلب في السوق[١].

وما ينطبق على الأراضي الوقفية فإنه ينطبق على أراضي الدولة.

* * *

(١) أرشيف دوائر الأوقاف الإسلامية بالقدس بالاضافة إلى الخبرة العملية لصاحب البحث ومشاهداته.

مشروع قرار

١. تشجيع رأس المال في القطاع الخاص لاستلام مشاريع عامة من الحكومة (القطاع العام) بهدف الاستثمار وتنشيط الحركة الاقتصادية.

٢. الابتعاد عن القروض الربوية.

٣. التعاون مع المصارف الإسلامية بالضوابط الشرعية لإقامة الشركات.

٤. عدم التعامل مع العقد (B.O.O.T) الذي يتضمن التملك من قبل شركات المشروع، والتملك فيه محاذير سواء كانت الأرض وقفية أو حكومية.

٥. العمل على تطوير صيغ التعاقد والتمويل المستمدة من الشريعة الإسلامية.

* * *

الخاتمة

هذا بحث موجز من تسعة محاور في عقد البناء والتشغيل والإعادة - B.O.T وما انبثق عن هذا العقد من عقود استثمارية أخرى يهدف إلى تفاعل القطاع العام بالقطاع الخاص كما يهدف إلى تنشيط الحركة الاقتصادية وجذب التمويل المالي، والاهتمام بالبنية التحتية. وبيان مشروعية الطرق الاستثمارية المتعددة، ودور الوقف في بناء المجتمعات ومشاركته في تنمية الموارد البشرية والاقتصادية. وبيان قدرة الإسلام على التكييف الشرعي، وصلاحيته لكل زمان ومكان مع مراعاة الضوابط الشرعية، والابتعاد عن كل ما يصادم الحكم الشرعي. وقد أنهيت البحث بمشروع قرار، وخاتمة بالإضافة إلى الهوامش، والمصادر والمراجع والفهرس.

وإني إذ أشكر الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التي طرحت هذا الموضوع المهم للنقاش، كما أشكرها لمتابعتها للموضوعات المستجدة التي بحاجة إلى دراسة وإلى تكييف شرعي. والله مع العلماء العاملين المخلصين.

﴿وَقُلِ ٱعۡمَلُواْ فَسَيَرَى ٱللَّهُ عَمَلَكُمۡ وَرَسُولُهُۥ وَٱلۡمُؤۡمِنُونَۖ﴾(١)

﴿وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلۡحَقَّ وَهُوَ يَهۡدِي ٱلسَّبِيلَ﴾(٢).

وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

د. عكرمة سعيد صبري ــ القدس
الجوال الدولي ٠٥٩٩٣٩٩٠٥٣ ــ ٠٠٩٧٠
البريد الالكتروني
الموقع الالكتروني www.ekrimasabri.net

---

(١) سورة التوبة (براءة) الآية ١٠٥.

(٢) سورة الأحزاب الآية ٤.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم وتفسيره:

١ - القرآن الكريم.

٢ - جامع البيان في تفسير القرآن (تفسير الطبري) - دار الفكر - بيروت ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م. الإمام أبو جعفر محمد بن جرير الطبري توفي ٣١٠هـ/٩٢٢م.

٣ - المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز (تفسير ابن عطية) - ط١ - الدوحة - قطر ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م. أبو محمد عبد الحق بن عطية الأندلسي توفي ٥٤٦هـ/١١٥١م.

٤ - فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير - دار الفكر - بيروت ١٤٠٣هـ/١٩٨٣ - محمد بن علي الشوكاني توفي ١٢٥٠هـ/١٨٣٤م.

٥ - تيسير الكريم الرحمٰن في تفسير كلام المنان - ط١ - جمعية إحياء التراث الإسلامي الكويت - ١٤١٨هـ/١٩٩٧م - الشيخ عبد الرحمٰن بن ناطر السعدي توفي ١٣٧٦هـ/١٩٥٦م.

٦ - التفسير الواضح الميسر - ط٤ - مؤسسة الأفق للطباعة والنشر - بيروت - لبنان ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م - الشيخ محمد علي البابوني - دمشق - سوريا.

الحديث الشريف:

٧ - الإلمام بأحاديث الأحكام: ط١- دار الثقافة الإسلامية - الرياض ١٣٨٣هـ/١٩٦٣م. أبو الفتح محمد بن علي القشيري الشهير بابن دقيق العيد توفي ٧٠٢هـ/١٣٠٢م.

٨ - التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول: ط٢- دار إحياء التراث العربي - بيروت ١٣٨١هـ/١٩٦١م - منصور علي ناصيف توفي ١٣١٣هـ/١٨٩٥م - مصر.

٩ - الترغيب والترهيب: ط٢- دار احياء التراث العربي - بيروت. ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م - أبو محمد عبد العظيم بن عبد القوي المنذري توفي ٢٧٩هـ/٨٩٢م.

١٠ - الجامع الكبير (سنن الترمذي): ط٢- دار الجيل - بيروت ١٤١٩هـ/١٩٩٨م. أو عيسى محمد بن عيسى الترمذي توفي ٢٧٩هـ/٨٩٢م.

١١ - السراج الوهاج شرح صحيح مسلم: طباعة وزارة الأوقاف، قطر - أبو الطيب صديق بن حسن طارق الحسني القنوجي البخاري، توفي ١٣٠٧هـ/١٩٨٨م.
١٢ - السنن الكبرى: ط١- مطبعة مجلس دائرة المعارف حيدر أباد - الهد ١٣٥٥هـ/١٩٣٦م - أبو بكر أحمد بن حسين البهقي توفي ٤٥٨هـ/١٠٦٥م.
١٣ - المستدرك على الصحيحين: ط١- دار الكتب العلمية - بيروت - أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحكم النيسابوري توفي ٤٠٥هـ/١٠١٤م.
١٤ - المعجم الكبير (سنن الطبراني): ط٢- دار إحياء التراث العربي - بيروت. أبو القاسم سليمان بن أيوب بن أحمد الطبراني توفي ٣٦٠هـ/٩٧٠م.
١٥ - الموطأ على رواية محمد الشيباني: ط٢- دار القلم - بيروت، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م. . . الإمام مالك بن أنس الاصبحي توفي ١٧٩هـ/٧٩٥م.
١٦ - جامع الأصول في أحاديث الرسول: - مطبعة الملاح - دمشق ١٣٨٩هـ/١٩٦٩م - ابن الأثير الجزري ٦٠٦هـ/١٢٠٩م.
١٧ - سنن أبي داود: - دار الفكر - بيروت. أبو داود سليمان بن شعث السجستاني توفي ٢٧٥هـ/٨٨٨م.
١٨ - سنن ابن ماجه: - دار الفكر - بيروت - ومطبعة عيسى بالقاهرة. ١٣٧٣هـ/١٩٥٤م - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (الملقب بابن ماجه) توفي ٢٧٣هـ/٨٨٦م.
١٩ - سنن الدرامي: - شركة الطباعة الفنية المتحدة بمصر ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م. أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمٰن الدارمي توفي ٢٥٥هـ/٨٦٨م.
٢٠ - سنن النسائي (المجتبى): ط١- دار الفكر - بيروت ١٣٤٨هـ/١٩٣٠م أحمد بن شعيب النسائي المتوفى ٣٠٢هـ/٩١٤م.
٢١ - صحيح البخاري -: ط٢- مطابع الأهرام - لجنة إحياء كتب السنة بمصر ١٤١٠هـ/١٩٩٠م - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري. توفي ٢٥٦هـ/٨٦٩م.
٢٢ - صحيح مسلم (الجامع الصحيح): - مؤسسة دار النور الشرقية - القاهرة ١٣٨٤هـ/١٩٩٠م - أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري. توفي ٢٦١هـ/٨٧٤م.
٢٣ - صحيح مسلم الشرح النووي: ط٢- دار الفكر - بيروت ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م. يحيى بن شرف النووي ٦٧٦هـ/١٢٧٧م.
٢٤ - المتبحر الرابح في ثواب العمل لصالح: - مطبعة بيت القدس - بيروت - لبنان ١٤١٩هـ/١٩٦٨م. الإمام الحافظ شرف الدين عبد المؤمن بن خلف الدمياطي توفي ٧٠٥هـ/١٣٠٥م.

٢٥ ـ مسند الإمام أحمد: ط٢ـ دار الفكر ـ بيروت ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م ـ الإمام أحمد بن حنبل توفي ٤١هـ/٨٥٥م.

٢٦ ـ مشكاة المصابيح،: ط١ـ منشورات الكتب الإسلامي ـ دمشق ١٣٨٠هـ/١٩٦٢م. ولي الدين محمد بن عبد الله الخطيب العمري البشريزي ٧٣٧هـ/١٣٣٦م.

٢٧ ـ المنتقى من أحاديث المصطفى ﷺ ـ: ط١ـ مطبعة الرسالة المقدسية ـ القدس ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م ـ د. عكرمة سعيد صبري ـ القدس.

الفقه بمختلف مذاهبه:

الفقه الحنفي:

٢٨ ـ أنفع الوسائل في تجريب المسائل (الفتاوى الطرسوسية): ـ مطبعة الشرق ـ مصر ١٣٤٤هـ/١٩٢٦م ـ نجم الدين إبراهيم بن علي بن أحمد الطرسوسي توفي ٧٥٨هـ/١٣٥٦م.

٢٩ ـ الإسعاف في أحكام الأوقاف: ـ دار الطباعة الكبرى المصرية ـ ١٢٩٢هـ/١٨٧٥م ـ برهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر الطرابلسي الحنفي توفي ٩٢٣هـ/١٥٦٢م.

٣٠ ـ الاختيار تعليل المختار ـ: ط٢ـ مكتبة مصطفى البابي الحلبي ـ مصر ١٣٧٠هـ/١٩٥١م ـ أبو الفضل عبد الله بن محمود الموصلي توفي ٦٨٣هـ/١٢٨٤م.

٣١ ـ البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ـ: ط٢ـ دار الفكر بيروت ـ ابن نجيم توفي ٩٧٠هـ/١٥٦٢م.

٣٢ ـ البناية في شرح الهداية ـ: ط١ـ دار الفكر ـ بيروت ١٤٠١هـ/١٩٨١م ـ بدر الدين أبو أحمد محمود بن أحمد العيني توفي ٨٥٥هـ/١٤٥١م.

٣٣ ـ الخراج ـ: ط٤ـ المطبعة السلفية ـ القاهرة ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م ـ أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم ـ الشهير بالامام أبي يوسف توفي ١٨٢هـ/٧٩٨م.

٣٤ ـ الفتاوي الخانية (المعروفة بفتاوي قاضيخان): ومطبوعة بهامش الفتاوى الهندية ـ الفرغاني الحنفي توفي ٢٩٥هـ/٩٠٧م.

٣٥ ـ الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية ـ: ط١ـ المطبعة الأزهرية ـ ١٣٠١هـ/١٨٨٣م ـ محمد العباسي المهدي توفي ١٣١٥هـ/١٨٧٩م.

٣٦ ـ الفتاوي الهندية في الفقه الحنفي (الفتاوي العالمكرمية): ط٤ـ دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م ـ مجموعة من علماء الهند برئاسة عبد الرحمٰن الحنفي البحراوي توفي ١٠٧٠هـ/١٦٥٩م.

٣٧ ـ تحفة الفقهاء ـ: ط١ـ مطبعة جامعة دمشق ١٣٧٧هـ/١٩٥٨م. علاء الدين السمرقندي توفي ٥٣٩هـ/١١٤٤م.
٣٨ ـ حاشية الطحطاوي على الدر المختار: ـ دار المعرفة الطباعة والنشر بيروت ١٣٩٥هـ/١٩٧٥م ـ السيد أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي توفي ١٢١٣هـ/١٨١٦م.
٣٩ ـ حاشية رد المحتار على الدر المختار ـ: ط٢ـ شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الباي الحلبي بمصر، ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م ـ محمد أمين عابدين بن عمر عابدين الشهير بابن عابدين توفي ١٢٥٢هـ/١٨٣٦م.
٤٠ ـ حاشية رد المحتار على الدر المختار: (مطبعة عثمانية تركية) محمد أمين عادين بن عمر عابدين الشهير بابن عابدين ١٣٥٢هـ/١٨٣٦م.
٤١ ـ ورد الحكام شرح مجلة الأحكام: ـ المطبعة العباسية ـ حيفا ـ فلسيطن ١٣٤٣هـ/١٩٢٥م ـ علي حيدر ـ إستانبول ـ تركيا ـ المحامي فهمي الحسيني ـ فلسطين.
٤٢ ـ شرح فتح القدير على الهداية ـ: ط٢ـ دار الفكر ـ بيروت ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م ـ جمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي توفي ٨١١هـ/١٤٥٦م.
الفقه المالكي:
٤٣ ـ الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك: ـ مكتبة دار المعارف ـ مصر ١٣٩٢هـ/١٩٧٤م ـ أبو بركات أحمد بن محمد الدروير توفي ١٢٠١هـ/١٧٨٦م.
٤٤ ـ المدونة الكبرى: ـ دار الفكر ـ مصر ـ مالك بن أنس توفي ١٧٩هـ/٧٩٥م.
٤٥ ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ـ مطبعة محمد علي صبيح ـ مصر ١٣٥٣هـ/١٩٣٤م ـ محمد عرفة الدسوقي توفي ١٢٣٠هـ/١٨١٤م.
٤٦ ـ حاشية العدوي (بهامش شرح الخرشي): ـ علي بن أحمد الصعيدي العدوي توفي ١١٨٩هـ/١٧٧٥م.
٤٧ ـ شرح الخرشي علي مختصر خليل: ـ دار الصادر ـ بيروت ـ أبو عبد الله محمد الخرشي المالكي توفي ١١٠١هـ/١٦٨٩م.
الفقه الشافعي:
٤٨ ـ أسنى المطالب شرح روض الطالب: ـ المطبعة اليمنية ـ ١٣٠٦هـ/١٨٨٨م ـ أبو يحيى زكريا الأنصاري، توفي ٩٢٩هـ/١٥٢٢م.
٤٩ ـ الأم ـ: ط١المكتبة القيمة للطباعة والنشر ـ القاهرة ـ ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م ـ أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي توفي ٢٠٤هـ/٨١٩م.

٥٠ ـ تحفة المحتاج بشرح المنهاج: ـ دار الصادر ـ بيروت ـ أحمد بن حجر الهيثمي توفي ٩٧٢هـ/١٥٦٢م.

٥١ ـ تكملة المجموع شرح المهذب: (التكملة الأولى) المكتبة: السلفية ـ المدينة المنورة ـ تقي الدين أبو الحسن السبكي توفي ٧٥٦هـ/١٣٥٥م.

٥٢ ـ تكملة المجموع شرح المهذب: (التكملة الثانية) ـ المكتبة: السلفية ـ المدينة المنورة ـ محمد نجيب المطبعي توفي ١٤٠٥هـ/١٩٠٤م.

٥٣ ـ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: ـ دار إحياء التراث العربي ـ بيروت وشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب توفي ٩٧٧هـ/١٥٦٩م.

الفقه الحنبلي:

٥٤ ـ إعلام الموقعين: ـ مطبعة النيل بمصر ١٣٢٥ه/١٩٠٧م ـ ابن قيم الجوزية توفي ٧٥١هـ/١٣٥٠م.

٥٥ ـ المغني: ـ مطبعة مكتبة الرياض الحديثة ـ الرياض ـ ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م ـ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن حمد بن قدامة المقدسي توفي ٦٧٠هـ/١٢٧١م.ا

٥٦ ـ المغني: ـ دار الفكر ـ بيروت ١٤١٤هـ/١٩٩٤م ـ موفق الدين ابن قدامة المقدسي توفي ٦٧٠هـ/١٢٧١م.

٥٧ ـ غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى: ط١ـ المكبتة الإسلامي ـ دمشق ـ مرعي بن يوسف الحنبلي ـ توفي ١٠٣٣هـ/١٦٢٣م.

٥٨ ـ كشاف القناع على متن الاقناع،: ط١ـ المطبعة العامرة الشرقية ـ مصر ١٣١٩هـ/١٩٠١م ـ منصور بن إدريس بن يونس توفي ١٠٥١هـ/١٦٤١م.

٥٩ ـ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: ط١ـ المكتب الإسلامي ـ دمشق ١٣١٨هـ/١٩٦٠م ـ مصطفى السيوطي الرحيباني توفي ١٢٤٣هـ/١٨٢٧م.

٦٠ ـ منتهى الإرادات: ـ مكتبة دار العروبة ـ مصر ١٣٨١هـ/١٩٦٢م ـ تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي المصري الشهير بابن النجار توفي ١٧٧هـ/١٥٦٩م.

كتب وأبحاث حديثة في الفقه وفي المستجدات:

٦١ ـ الاقتصادية: ـ عدنان حمشو ـ مركز التنمية الإدارية ـ دمشق.

٦٢ ـ الصيغ القانونية ودورها في جذب التمويل للخدمات المرافق البلدية: ـ الأستاذ هاشم عوض عبد المجيد ـ محام ومستشار قانوني ـ الرياض.

٦٣ ـ تطوير الصيغ التعاقدية لتفعيل خصصة الخدمات المرافق العامة: ـ الأستاذ هاشم عبد المجيد ـ محام ومستشار قانوني ـ الرياض.

٦٤ - دراسة شرعية اقتصادية لخصصة مشاريع البيئة التحتية: للدكتور - أحمد بن حسن الحسيني - أستاذ بقسم الاقتصاد الإسلامي - كلية الشريعة جامعة أم القرى - مكة المكرمة.

٦٥ - الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق -: ط١- دار النفائس للنشر والتوزيع - الأردن ١٤٢٨هـ/٢٠٠٨م - د. عكرمة سعيد صبري/القدس.

٦٦ - الوقف في الشريعة والقانون: - دار النهضة العربية - بيروت ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م - د. زهير بكر - بيروت.

المعاجم اللغوية:

٦٧ - القاموس المحيط: - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ٨١١هـ/١٤١٤م.

٦٨ - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: ط٥- المطبعة الأميرية - القاهرة - ١٣٤١هـ/١٩٢٢م - أحمد بن محمد المغربي السيوفي توفي ٧٧٠هـ/١٩٦٨م.

٦٩ - لسان العرب: - دار الصادر - بيروت - أبو الفضل محمد بن منظور توفي ٧١١هـ/١٣١١م.

٧٠ - مختار الصحاح: - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الراشدي توفي ٦٦٦هـ/١٢٦٧م.

الأنظمة والقوانين والبيانات الرسمية:

٧١ - بيان الأوقاف الإسلامية في فلسطين من ١٩٦٧ - ١٩٧٦م، ومن ١٩٧٧ - ١٩٨٢م.

٧٢ - بيانات المجلس الإسلامي الأعلى في فلسطين من ١٣٤١هـ/١٩٢٣م وحتى ١٣٦٥هـ/١٩٤٥م.

٧٣ - سجلات المحكمة الشرعية بالقدس.

٧٤ - أرشيف دائرة أوقاف القدس.

٧٥ - نظام وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في عمان - الأردن.

❋ ❋ ❋

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية
من الناحية الشرعية

إعداد
محمد تقي العثماني
نائب رئيس دار العلوم كراتشي، الباكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الكريم

وعلى آله وأصحابه أجمعين، وعلى كل من تبعهم

بإحسان إلى يوم الدين

إن العقود الجديدة المعروفة باللغة الإنكليزية بكلمات .B.O.T اختصار لقولهم Build Operate and Transfer وقد يعبر عنها باللغة العربية بقولهم «بناء تشغيل ـ نقل الملكية» وفي بعض الأحيان يعبر عنها بعقود الامتياز، مع أن عقود الامتياز لا تختص بهذه العقود، ونظراً للاختصار، فإننا سوف نعبر عن هذه العقود في هذا البحث بعقود «البناء والتشغيل».

إنّ هذه العقود تحتاج إليها الحكومات التي تريد أن تبني مشاريع البنية الأساسية (infrastructure) التي هي من مهمات القطاع العامّ (Public sector) ولكن لاتجد الحكومات موارد مالية كافية لإنجازها من القطاع العامّ، فتريد أن يموله القطاع الخاص (Private sector) وإنما يمكن ذلك إن كان المشروع صالحا لأن يُدرّ دخلاً، مثل مشاريع الشوارع العامة والجسور الكبيرة التي يمكن فيها فرض الرسوم على السيّارات التي تمرّ عليها، أو بناء المطارات التي تفرض الرسوم على من يستخدمها، أو مشاريع توفير المياه أو الكهرباء، أو شبكات المواصلات السلكية التي يمكن فيها تقاضي الثمن أو الأجرة من المستهلكين الذين ينتفعون بها.

وإن حقيقة هذه العقود ـ في عبارة بسيطة ـ أن الحكومة تفوض بناء هذه المشاريع إلى جهة مختصة تلتزم إنجاز المشروع في مدة معلومة على نفقتها، وتمنحها الحكومة حق امتياز لتشغيل المشروع إلى مدة معينة، والحصول على ما يُدرّ من دخل، وبعد انقضاء تلك المدة يسلّم المشروع إلى الحكومة، وإن الجهة المختصة إنما تدخل في هذا العقد لأنها تأمل أنها سوف تسترجع في مدة التشغيل ما أنفقته من أموال مع

زيادة تربحها تكون عوضاً مناسباً لما تكبدته من التكاليف والجهود. فمثلاً: إن كان محل هذا العقد بناء جسر كبير، فإن الجهة المذكورة تبني الجسر إلى مدة عشر سنوات مثلاً، وأن تفرض رسوماً مناسبة على من يمرّ على الجسر، فتستحق هذه الرسوم، فتسترجع خلال العشر سنوات ما أنفقته على المشروع مع قدر زائد يكون ربحاً لاستثمارها فيه. هذا هو التصوير البسيط للعملية، فالمقصود من هذا البحث هو النظر في هذه العقود بأنواعها المعروفة من الناحية الشرعية، وأريد أن أبحث فيه عن النقاط الآتية:

١. التكييف الفقهي لهذه العقود بمختلف أنواعها وحكمها.

٢. الحكم الشرعي لحق الامتياز.

٣. الإشراف الحكومي لمراحل إنجاز المشروع.

٤. طرق التمويل التي تستفيد بها الجهة الصانعة.

٥. مدة جواز التوريق (securitization) في تمويل المشروع.

التكييف الفقهي لهذه العقود:

أما التكييف الفقهي لهذه العقود فيختلف باختلاف محل العقود ونشاط المشروع المقترح. ولنأخذ المشاريع التي تخطّط لإقامة مبان أو معدات صالحة للتأجير أو فرض الرسوم على المستخدمين لمنفعتها، مثل بناء جسر، أو محطة كهرباء أو مياه أو تعبيد شارع، أو إقامة شبكة المواصلات السلكية.

لا شك أن الأرض التي يقام عليها المشروع في هذه الصور مملوكة للدولة، وأن الجهة الصانعة تستخدمها لبناء المشروع أوّلاً، ولاستغلالها إلى مدة متفق عليها ثانياً، ثم تسلّم الأرض مع المشروع المبني عليها إلى الدولة في نهاية الأمر.

وبناءً على ذلك فإن العملية تحتمل تكييفين:

الأول: أن نقول: إن الدولة أجرت أرضها إلى الجهة الصانعة

لمدة متفق عليها لتبني عليها المشروع وتستخدمه لصالحها إلى تلك المدة، والأجرة مؤجلة، وهي نفس المشروع الذي يسلّم إلى الدولة بنقل ملكيته إليها في نهاية العملية. وعلى هذا التكييف يكون المشروع مملوكاً للجهة الصانعة بعد بنائه، ثم تنقل ملكيته إلى الدولة من حيث إنها أجرة لاستخدام الأرض خلال مدة العقد، فالعلاقة بين الدولة والجهة الصانعة هي علاقة المؤجر من المستأجر.

والتكييف الثاني: أن نقول: إن الدولة استصنعت المشروع من الجهة الصانعة، فالعقد الأساسي بين الجهتين هو الاستصناع، والدولة مستصنعة، والجهة الأخرى صانعة، وثمن الاستصناع منفعة تشغيل المشروع التي تنتفع بها الجهة، وتبقى الجهة الصانعة مستفيدة من المشروع على ملك الدولة. فتكون العلاقة بين الجهتين علاقة المستصنع والصانع إلى أن يكتمل المشروع، ثم تكون الجهة الصانعة تستفيد بحق الامتياز (concession) في تشغيل المشروع لاستيفاء ثمن الاستصناع.

والأمر الحاسم في تطبيق هذين التكييفين هو: من يملك المشروع بعد اكتماله وفي أثناء استفادة الصانعة صاحبة الامتياز؟ فإن كان العقد يصرح بأن المشروع تملكه الجهة الصانعة في هذه المدة، وهو ما يعبر عنه بقولهم: (Build, Own and Transfer) بمعنى بناء ـ تملك ـ نقل الملكية، فينطبق عليه التكييف الأول، بمعنى أن العلاقة بين الجهتين علاقة المؤجر والمستأجر، أما إذا صرح العقد بأن المشروع تتملكه الدولة فور اكتماله، ولكنها تعطي الجهة الصانعة حق الاستفادة به خلال مدة العقد، وهو ما يعبر عنه يقولهم: (Build, Operate and Transfer) يعني بناء ـ تشغيل ـ تسليم. فينطبق عليه التكييف الثاني. وفي كل من هذين النوعين والتكييفين قضايا فقهية لا بد من دراستها قبل أن نحكم عليها بالجواز أو عدمه. ولنتكلم عن كل نوع على حدته.

بناء ـ تملك ـ نقل الملكية:

أما النوع الأول الذي يبتنى على أساس إجارة الأرض، فقد لا ينطبق على القواعد الفقهية الشرعية في صورته المعروفة، وذلك لأنه

مبني على أساس أن الدولة آجرت أرضها للجهة الصانعة إلى مدة معلومة، والأجرة المؤجلة هي تسليم نفس المشروع بعد انتهاء المدة. وهذا لا يصلح شرعاً، لأننا لو أسسنا العقد على أساس إجارة الأرض فإن الإجارة تبتدئ منذ أول يوم تسلم فيه الأرض إلى الجهة الصانعة. والمقرر شرعاً أن الإجارة عقد متجدد بمعنى أن كل يوم ينسب إليه جزء من الأجرة المتفق عليها، ولو كانت الإجارة لمدة طويلة، فمثلاً لو آجر زيد أرضه إلى عمرو لمدة سنة بمبلغ ستة وثلاثين ألف ريال - (SR.36000/-) فإن هذه الأجرة تقسم على عدد أيام السنة، فيستحق زيد مائة ريال مقابل كل يوم، فلو انفسخت الإجارة قبل سنة لسبب من الأسباب فإنّ المؤجر يستحق الأجرة مقابل الأيام الماضية، فلو كانت الإجارة انفسخت بعد شهرين مثلاً، فإن ما يستحقه المؤجر هو ستة آلاف ريال لما مضى من الأيام، فظهر بهذا أن الأجرة في إجارة الأرض لا بد أن تكون قابلة للانقسام على عدد أيام الإجارة ليمكن التصفية بالشكل المذكور عند انفساخ الإجارة قبل انتهاء المدة. ولكن الأجرة في هذا العقد نفس المشروع الذي سوف ينشئه المستأجر في مدة ربما تطول. ولا يصلح ذلك المشروع للانقسام على عدد أيام الإجارة، فلو انفسخت الإجارة قبل اكتمال المشروع لا يمكن التصفية بتجزئته على عدد الأيام الماضية، فإنه يمكن أن تكون الأيام الماضية ربع مدة الإجارة، والجزء المكتمل ثمنه، أو بالعكس، كما يمكن أن تنفسخ الإجارة قبل أن يبرز جزء من أجزاء المشروع فظهر أن المشروع المقترح لا يصلح أن يكون أجرة في إجارة الأرض.

فلا سبيل إلى تخريج هذا العقد على أساس الإجارة إلا بأن تحدد أجرة الأرض بنقود معلومة، ولكن يجوز عند انتهاء مدة الإجارة أن يتراضى الطرفان بتسليم المشروع إلى المؤجر على أساس التقويم، وبما أنه لا يجوز في هذه الصورة اشتراط سابق لتسليم المشروع عند انتهاء المدة بدلاً من النقود، فإن هذه الصيغة لا تنفع من حيث كونها عقداً باتاً يلتزم به الفريقان والذي هو المقصود من العملية.

فتبين بهذا أن العقود التي تنشأ على أساس تملك الجهة الصانعة

للمشروع غير موافقة للشريعة الإسلامية في صورتها المعروفة.

النوع الثاني: بناء ـ تشغيل ـ تسليم:

أما النوع الثاني، وهو أن تبني الجهة الصانعة المشروع لصالح الدولة، ولا تملكه بعد الاكتمال، وإنما تنتفع بتشغيله لمدة معلومة، فإن هذا العقد في هذه الصورة استصناع من الدولة، وثمن الاستصناع منفعة المشروع التي ينتفع بها الصانع خلال مدة العقد. وقبل أن نحكم على هذا العقد بالجواز لا بد من التعرض لبعض النقاط الفقهية التي يمكن أن تثار للقول بعدم جوازه وهي:

- هل يجوز أن يكون ثمن الاستصناع منفعة؟
- هل يجوز أن يكون ثمن الاستصناع منفعة تحدث بفعل الصانع؟
- ألا يتضمن هذا العقد غرراً؟ حيث إن مقصود الصانع هو الحصول على الموارد المالية التي يرجو أن يدرّها المشروع في تلك المدة، وهي غير معلومة.

هل تصلح المنفعة ثمنا؟

أما كون المنفعة ثمناً للبيع، فقد أجازه الفقهاء. يقول العلامة ابن نجيم الحنفي ـ رحمه الله تعالى ـ ناقلاً عن القنية: «بعتك عبدي بمنافع دارك سنة، لا يجوز. ثم رقم: هذا بيع في حق العبد إجارة في حق الدار فإنه جائز»[1].

وكذلك جوزوا أن تكون المنفعة أجرة في الإجارة. جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك ـ رحمه الله تعالى ـ: «فهل يجوز أن يشتري سكناي الذي أسكنته بسكنى دار لي أخرى أو بخدمته، أو بخدمة عبد لي آخر، أيجوز ذلك أم لا؟ قال: لا أرى بأساً»[2].

---

(١) البحر الرائق ج: ٥ ص: ٤٦ طبع مكة المكرمة.
(٢) المدونة الكبرى للإمام مالك ج: ٣ ص: ٦٢٢.

وقد يستشكل هذا بأن المنفعة التي صارت ثمناً في البيع (في مسألة البحر الرائق) أو أجرة في الإجارة (في مسألة المدونة) موجودة عند العقد، فلا يقاس عليها العقد المبحوث فيه، حيث إن المنفعة التي جعلت ثمنا للاستصناع معدومة عند العقد. ويمكن أن يجاب عنه بأن قضية الاستصناع غير قضية البيع، والإجارة، فإن العين المبيع في البيع، والمنفعة المعينة المستأجرة في الإجارة، موجودتان عند العقد، فيجب أن يكون العين أو المنفعة بدلهما موجوداً. أما الاستصناع فالمبيع فيه معدوم، وإنما أجيز العقد لمكان الحاجة والتعامل فلابأس إن كان بدله مثله في كونه معدوما، مثل أن يستصنع زيد خزانة من عمرو بأن يصنع له عمرو منضدة. والظاهر أن العقد جائز، مع كون كل من البدلين معدوماً عند العقد. فإن كانت المنفعة التي جعلت بدلاً للاستصناع سوف تحدث بصنعة الصانع نفسه، فلا يضر كونه معدوما بالطريق الأولى لأن وجود المنفعة التي هي الأجرة موقوف على إنجاز الصانع للمشروع، وهذا الإنجاز نفسه هو المعقود عليه في الاستصناع، ولا يستحق الصانع الثمن إلا بالإنجاز، ومتى حصل الإنجاز، وجدت المنفعة التي هي الثمن، فصار وجود الثمن لازماً لو جود المبيع.

فلا إشكال من جهة كون المنفعة معدومة عند العقد. نعم قد يتأتى هناك إشكال آخر وهو كون هذه المنفعة إنما تحدث بفعل الصانع، فتتأتى فيها مسألة قفيز الطحان، وهذا يأخذنا إلى النقطة الثانية التي أشرنا إليها.

مسألة قفيز الطحان:

ووجه الإشكال من هذه الجهة أن جمعاً من الفقهاء حكموا بفساد الإجارة إن كانت الأجرة المشروطة لا تحدث إلا بفعل الأجير، والمسألة مشهورة في الفقه بمسألة قفيز الطحان، فقد ذكر الفقهاء أنه لو استاجر رجل طحاناً ليطحن دقيقه، واشترط أن يكون قفيز من الدقيق المطحون أجرة طحنه، فإن ذلك لا يجوز. يقول العلامة الكاساني رحمه الله تعالى، وهو يتحدث عن شرائط صحة الأجرة:

«ومنها أن لا ينتفع الأجير بعمله، فإن كان ينتفع به لم يجز، لأنه حينئذ يكون عاملاً لنفسه فلا يستحق الأجر . . . وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر رجلاً ليطحن له قفيزاً من حنطة بربع من دقيقها أو ليعصر له قفيزاً من سمسم بجزء معلوم من دهنه أنه لايجوز، لأن الأجير ينتفع بعمله من الطحن والعصر، فيكون عاملاً لنفسه»(١).

(ولو دفع غزلا لآخر لينسجه بنصفه) أي بنصف الغزل (أو استأجر بغلاً ليحمل طعامه ببعضه، أو ثوراً ليطحن بره ببعض دقيقه) فسدت الكل، لأنه استأجره بجزء من عمله»(٢).

هذا مذهب الحنفية، ويوافقه مذهب الشافعية. يقول الإمام النووي ـ رحمه الله تعالى ـ: «لا يجوز أن يجعل الأجرة شيئاً يحصل بعمل الأجير، كما لو استأجر السلاّخ ليسلخ الشاة بجلدها، أو الطحان ليطحن الحنطة بثلث دقيقها، أو قاطف الثمار بجزء منها بعد القطاف، أو لينسج الثوب بنصفه، فكل هذا فاسد»(٣).

وحجة هؤلاء الفقهاء في ذلك مأ أخرجه الدارقطني في سننه عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: نهى عن عسيب الفحل، زاد عبيد الله: وعن قفيز الطحان(٤).

وذكر الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالى في التلخيص وقال: «وفي الإسناد هشام أبو كليب رواية عن ابن أبي نعم عن أبي سعيد لا يعرف قاله ابن القطان والذهبي، وزاد: وحديثه منكر. وقال مغلطاي: وهو ثقة، فينظر فيمن وثقه، ثم وجدته في ثقات ابن حبان»(٥).

ولكن الحديث ليس مداره على هشام أبي كليب فقط، لأنه تابعه

---

(١) بدائع الصنائع ج: ٤ ص: ٤٦ طبع مكة المكرمة، كتاب الإجارة.
(٢) الدر المختار مع ابن عابدين ج: ٦ ص: ٥٦.
(٣) روضة الطالبين ج: ٥ ص: ١٧٦.
(٤) سنن الدارقطني ج: ٣ ص: ٤٧ حديث ١٩٥ من كتاب البيوع وأخرجه أيضاً البيهقي في سننه الكبرى ج: ٥ ص: ٣٣٩.
(٥) تلخيص الحبير ج: ٣ ص: ٦٠ حديث ١٢٨٦.

عطاء بن السائب فيما أخرجه الطحاوي ـ رحمه الله تعالى ـ في مشكل الآثار من طريق الإمام أبي يوسف عن عطاء بن السائب عن ابن أبي نعم، عن بعض أصحاب النبي عن النبي ﷺ «أنه نهى عن عسب التيس وكسب الحجام، وقفيز الطحان»(١) وقال الشيخ العثماني التهانوي رحمه الله: «وهذا سند جيد»(٢).

وفسره الإمام عبد الله بن المبارك رحمه الله تعالى، وهو أحد رواة الحديث بأن صورته أن يقال للطحان: اطحن بكذا وكذا بزيادة قفيز من نفس الطحين. وقيل: هو طحن الصبرة لا يعلم مكيلها بقفيز منها(٣).

وعلله الحنفية والشافعية بأن الأجرة إن كانت من نفس الطحن صار الأجير يعمل لنفسه، وهو موجب لفساد الإجارة عندهم كما سبق في نصوصهم الفقهية.

أما المالكية والحنابلة، فالظاهر أنهم جوزوا مثل هذه الإجارة ما دامت الأجرة معلومة، فمجرد كون الأجرة تحدث بفعل الصانع لا يفسد الإجارة عندهم، إلا إذا أدى ذلك إلى جهالة الأجرة. ولذلك فرقوا بين الطحن بصاع من الطحين، حيث يجوز عندهم لكون الصاع معلوماً، وبين سلخ الحيوان بجلده حيث لا يجوز لما فيه من جهالة صفة الجلد، فقال الدردير المالكي رحمه الله: «(و) جاز (صاع دقيق) يدفعه رب القمح ونحوه لمن يطحنه له (منه) أو من غيره في نظير طحنه (أو) صاع (من زيت) يدفعه رب الزيتون لمن يعصره له أجرة لعصره (لم يختلف) أي: إذا لم يختلف كل من الحب أو الزيتون في الخروج، فإن اختلف بأن كان تارة يخرج منه الدقيق أو الزيت، وتارة لا، منع للجهالة»(٤). «والمشهور في مسألة الدقيق جواز الاستئجار بصاع منه إلخ»(٥).

---

(١) مشكل الآثار للطحاوي ج: ٢ ص: ٣٠٢.
(٢) إعلاء السنن للتهانوي ج: ١٦ ص: ١٨١.
(٣) تلخيص الحبير ج: ٣ ص: ٦٠.
(٤) الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي ج: ٤ ص: ٩.
(٥) مواهب الجليل للحطاب ج: ٥ ص: ٣٩٨.

وقال العلامة ابن قدامة الحنبلي ـ رحمه الله تعالى ـ: «قال ابن عقيل: نهى رسول الله عن قفيز الطحان، وهو أن يعطى الطحان أقفزة معلومة ليطحنها بقفيز منها، وعلة المنع أنه جعل له بعض معموله أجراً لعمله، فيصير الطحن مستحقا له عليه، وهذا الحديث لا نعرفه ولا يثبت عندنا صحته، وقياس قول أحمد جوازه لما ذكرنا عنه من المسائل»(١).

وقال في موضوع آخر: «قال أحمد ـ رحمه الله ـ في رواية منها: لا بأس أن يحصد الزرع ويصرم النخل بسدس ما يخرج منه، وهو أحب إلي من المقاطعة، إنما جاز ههنا لأنه إذا شاهده فقد علمه بالرؤية، وهي أعلى طرق العلم ومن علم شيئاً علم جزأه المشاع، فيكون أجراً معلوماً»(٢).

لكن قال العلامة البهوتي ـ رحمه الله ـ: «(ولا) يصح استئجاره على (طحن كر) مكيل بالعراق . . . (بقفيز منه) أي: المطحون لحديث الدارقطني مرفوعاً: أنه نهى عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان، ولأنه جعل له بعض معموله أجرا لعمله فيصير الطحن مستحقاً له وعليه، ولأن الباقي بعد القفيز مطحوناً لا يدرى كم هو؟ فتكون المنفعة مجهولة. وتقدم لو استأجره بجزء مشاع منه كسدسه، يصح»(٣).

وهذا يدل على أن الحنابلة في مسألة قفيز الطحان على قولين، وما ذكره البهوتي مبنيّ على ما ذكره ابن قدامة عن ابن عقيل، ولكن صحح ابن قدامة خلافه، وهو الجواز، وقد ذكر البهوتي وجهين لعدم الجواز، الأول: أن علة المنع جعل بعض معموله له أجرا لعمله، وهي العلة التي ذكرها الحنفية والشافعية، ولكن لو سلم كونه علة للمنع فينبغي أن يطرد ذلك في طحنه بجزء مشاع أيضاً، كما تقدم عن بدائع الصنائع، ولكن ذكر البهوتي أنه جائز مما يدل على أن ذلك ليس علة

---

(١) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير، كتاب المضاربة ج: ٥ ص: ١١٩ طمع بيروت.
(٢) المغني لابن قدامة كتاب الإجارة ج: ٦ ص: ٧٢.
(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ج: ٢ ص: ٣٥٤، كتاب الإجارة طبع دار الفكر.

مطردة عند الحنابلة، والوجه الثاني الذي ذكره البهوتي. وهو الجهالة، فإنما ينطبق فيما إذا لم يعرف كيل جملة الطحن، أما إذا عرف ذلك فلا، وذلك يدل على أن علة المنع هي الجهالة، فيجوز إذا ارتفعت الجهالة بصورة من الصور، وهو عين ما رجحه ابن قدامة وذهب إليه المالكية.

وبالجملة، فالذي يظهر من راجح مذهب المالكية والحنابلة أن مجرد كون الأجرة من عمل الأجير لايصلح علة لعدم الجواز عندهم، وإنما يتوجه المنع إذا كان ذلك يؤدى إلى جهالة في الأجرة، فلعلهم لم يثبت عندهم حديث النهي عن قفيز الطحان، أو حملوه على ما يؤدي إلى الجهالة إما في الأجرة، أو فيما يبقى من المطحون بعد دفع الأجرة.

وهناك ناحية أخرى في هذا الموضوع، وهي أن الحنفية وإن لم يجيزوا قفيز الطحان في أصل مذهبهم، وقاسوا على ذلك الغزل ببعض المنسوج وعدة صور أخرى مما تكون فيه الأجرة من عمل الأجير، ولكن اختار مشايخ بلخ جواز الغزل ببعض المنسوج وصور أخرى، سوى مسألة الطحن، وذلك على أساس العرف والتعامل والحاجة، وقالوا: إن العرف والتعامل مما يترك به القياس، وقد شرح ذلك العلامة ابن عابدين رحمه الله تعالى في شرح عقود رسم المفتي حيث قال: «قال في الذخيرة في الفصل الثامن من الإجارات في مسألة ما لو دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالثلث ومشايخ بلخ كنصير بن يحيى، ومحمد بن سلمة، وغيرهما، كانوا يجيزون هذه الإجارة في الثياب لتعامل أهل بلدهم في الثياب، والتعامل حجة يترك به القياس ويخص به الأثر، وتجويز هذه الإجارة في الثياب للتعامل بمعنى تخصيص النص الذي ورد في قفيز الطحان أن النص ورد في قفيز الطحان، لا في الحائك، إلا أن الحائك نظيره، فيكون وارداً فيه دلالة، فمتى تركنا العمل بدلالة هذا النص في الحائك وعملنا بقفيز الطحان كان تخصيصاً لا تركاً أصلاً، وتخصيص النص بالتعامل جائز. ألا ترى أنا جوزنا الاستصناع للتعامل، والاستصناع بيع ما ليس عنده، وإنه منهي عنه، وتجويز الاستصناع بالتعامل تخصيص منا للنص الذي ورد في النهي عن

بيع ماليس عند الإنسان، لا ترك النص أصلاً، لأنّا عملنا بالنص في غير الاستصناع إلخ»[1].

وبما ذكرنا في مسئلة قفيز الطحان في الصفحات الماضية اتضحت النقاط الآتية:

١. كون الأجرة تحدث بفعل الأجير لا يفسد الإجارة عند المالكية، وفي الراجح من مذهب الحنابلة، وعلى هذا لو كان ثمن الاستصناع منفعة تحدث بفعل الصانع، فإنه لا يفسد العقد عندهم من هذه الجهة.

٢. إن مشايخ بلخ من الحنفية قد أجازوا الغزل ببعض المنسوج على أساس التعامل، فإذا حدث هناك تعامل في غير قفيز الطحان بحيث جعلت الأجرة مما يحدث بفعل الأجير، فإنه يجوز عندهم.

٣. إن الحنفية والشافعية الذين يمنعون قفيز الطحان يعلّلون المنع بأن الاجارة معقودة على عمل الأجير، فإن كانت الأجرة تحدث بفعل الأجير صار كأنه يعمل لنفسه، وهذا إنما يتأتى في الإجارة المحضة التي تنصب على عمل الأجير. أما الاستصناع فهو قسم من أقسام البيع، وعمل الصانع وإن كان ملحوظاً في العقد فإنه ليس محلاً للعقد، وإنما محل العقد هو الشيء المصنوع، ولذلك يجوز للصانع أن يأتي بشيء مصنوع من قبل، إما من عنده أو من السوق، إذا كان موافقا للمواصفات المشروطة، ولو كان محل العقد عمل الصانع لما جاز ذلك. فلما لم يكن عمل الصانع محل العقد فلا يتأتى فيه ما ذكروه في قفيز الطحان من أنه يعمل لنفسه. وبهذا يفترق الاستصناع من الإجارة.

وعلى أساس كل واحد من هذه الوجوه الثلاثة لا يتوجه منع قفيز الطحان إلى عقود التشغيل بعد البناء.

---

(١) شرح عقود رسم المفتي ص: ٤٠ طبع كراتشي.

هل هناك غرر في هذه العقود؟

والنقطة الثالثة في عقود البناء والتشغيل أن فيه شبهة الغرر، من حيث إن مقصود الجهة الصانعة من تشغيل المشروع أن تحصل على موارد مالية من خلال رسوم تفرضها على الذين يستخدمون المشروع (مثل المرور على الجسر أو الشارع) أو يستهلكون ما يوفر لهم المشروع (مثل الكهرباء أو الماء) وإن هذه الموارد المالية غير معلومة عند العقد، وإنما تقدرها الجهة الصانعة ظناً منها بأنها سوف تحصل على ما يغطي تكاليف المشروع مع ربح زائد، ولكن لا يدري أحد هل يتحقق أملها أو لا.

والجواب عن هذه الشبهة أن ثمن الاستصناع ليس تلك الموارد المالية المظنونة، وإنما هو منفعة المشروع، وهي منفعة مستقلة معلومة لها قيمة. وهذا مثل أن يشتري رجل مجمعا سكنيا لتأجير شققه، فإنه لا يدري عند شراء المجمّع كم سيحصل عليه من أجرة، ولكن ذلك لا يوجب الغرر، لأن الذي اشتراه هو منفعة المجمع وهي منفعة مستقلة وليس محل الإجارة الموارد المالية التي يتوقع الحصول عليها من خلال إجارة شققه.

حق الامتياز (Concession):

إن عقود البناء والتشغيل يصحبها عادة حق الامتياز الذي تمنحه الحكومة للجهة الصانعة، فلا بد من إلقاء نظرة على هذا الحق.

إن حق الامتياز ترجمة للاصطلاح الإنكليزي (concession) وقد عرفته اللغة القانونية الإنكيزية بما يأتي[1]: A grant, ordinarily applied to the grant of specific privileges by a government.

* * *

(١) Black's Law Dictionary 5th Edition, p,262.

«هو عطاء، وعادة هو عطاء استحقاقات خاصة من قبل الحكومة».

وإن هذا التعريف، وإن كان عاماً جداً في ظاهره، ولكن مفهومه المتعارف هو أن تمنح الحكومة حقاً للمعطى له يحق له من خلاله أن يستفيد ببعض استحقاقات الحكومة، مثل فرض الرسوم على من يمر على الشوارع المعبدة. والحصول عليها. وليس من الضروري أن يمنح حق الامتياز لجهة من أجل دخولها في عقد البناء والتشغيل، بل قد يعطى هذا الحق لجهة بعد ما تبني الحكومة المشروع على نفقتها. مثلاً قد تبني الحكومة الشارع بنفسها، ثم تعطي حق الامتياز لجهة مقابل مبلغ مقطوع، ثم إن الجهة صاحبة الامتياز تقوم بتشغيل الشارع وتتقاضى الرسوم من المارين على الشارع.

وإن هذه الحالة تحتمل وجهين:

الأول: أن يعتبر هذا العقد بيعاً للرسوم المتوقع حصولها من السيّارات والعربات التي تمرّ على الشارع. والعقد على هذا الاعتبار باطل، فإنه بيع نقود بنقود مؤجلة بتفاضل وغرر.

والثاني: أن يكون العقد إجارةً للشارع من قبل الحكومة التي تملكه، فالجهة صاحبة الامتياز تملك منفعة الشارع إلى مدّة معلومة، ثمّ إنّها تتقاضى الرسوم من العربات التي تنتفع بالمرور عليه، وتقاضي الرسوم في هذه الحالة يُشبه الإجارة من الباطن، وهي جائزة عند المالكية والشافعية سواء كانت الأجرة في الباطن زائدة على الأجرة التي يدفعها المستأجر الأول إلى المالك، وهو المختار عند الحنابلة. أما الحنفية، فذهبوا إلى أن الزيادة لا تطيب للمستأجر الأول، وهو رواية عن الإمام أحمد أيضاً[1]. ولكن ذكر الحنفية أن الزيادة تطيب في حالتين.

---

(١) راجع المغني لابن قدامة ج: ٦ ص: ٥٣، دار الكتب العربية بيروت، والموسوعة الفقهية الكويت ج: ١ ص: ٢٦٧.

الأولى: أن تكون الأجرة التي يتقاضاها المستأجر الأول بغير جنس الأجرة التي يدفعها إلى المالك.

والثانية: أن يحدث في العين المؤجرة زيادة[1]. وإن أصحاب الامتياز يُحدثون في الشارع زيادات كثيرة من أجل تشغيله، فلو فعلوا ذلك تطيب الزيادة لهم عند الحنفية أيضاً.

وطرحت هذين الاحتمالين أمام العلماء للبتّ فيهما والظاهر أن الاحتمال الثاني (أعني كون هذا العقد إجارة للشارع) هو الراجح لأن الحكومة حينما تعطي حق الامتياز، فإنها ليست لها عقد إجارة مع أيّ أحد، حتى يقال: إنها باعت النقود بالنقود، فالظاهر أنها أجرت منفعة الشارع إلى صاحب الامتياز، نعم يجب على الحكومة أن تضع شروطاً على صاحب الامتياز لكي لا يُجحف في فرض الرسوم على المستفيدين. وإن وضع هذه الشروط ليس بصفة كون الحكومة عاقدة، وإنما هو بصفة كونها حكومة راعية لمصالح العامة. أما في عقد البناء والتشغيل، فإن هذا الحق الذي هو عبارة عن منفعة المشروع أصبح ثمناً للاستصناع وهو جائز كما حققنا فيما سبق. وإن هذا التكييف الذي ذكرناه موافق لما جاء في قرار الندوة الفقهية الثالثة عشرة لمجموعة البركة المنعقدة في جدة بتاريخ ٦، ٧ رمضان سنة ١٤١٨هـ ونص القرار كما يلي:

«فإذا كان محل عقد الامتياز إقامة مشروع فيه مبان ومعدّات تكلف أموالاً تزيد كثيراً عن قيمة الأرض وذلك كبناء جسر، أو إنشاء محطة كهرباء أو مياه أو تعبيد طريق، فإن العلاقة بين الدولة (مانحة الامتياز) وصاحب الامتياز يمكن أن تكون علاقة استصناع والثمن فيه هو الانتفاع بالمشروع مدة معلومة، ولا بدّ أن تكون رسوم الانتفاع عادلة وغير

---

(١) الفتاوى الهندية كتاب الإجارة، باب ٧، ج: ٨ ص: ٤٢٥ ودر المحتار ٢٩: ٦ باب مايجوز من الإجارة الخ.

مجحفة بمستخدمي المشروع»[1].

غير أن بعض المشاركين في الندوة اقترحوا تعديلاً في العقد، بأن يكون ثمن الاستصناع مبلغا مقطوعاً، ونص رأيهم ما يلي:

«ورأي بعض الفقهاء المشاركين في الندوة، أن الأولى تحديد ثمن الاستصناع بمبلغ معين يغطي تكاليف المشروع وربح صاحب الامتياز، مع تمكينه من استغلاله المدة التي يحصل بها على ذلك المبلغ»[2].

وإنما اقترح هؤلاء الفقهاء ذلك تفادياً للشبه الثلاث التي ذكرناها في تكييفه على أساس كون المنفعة ثمن الاستصناع، ولا شك أن ذلك أولى وأبعد عن الشبهات، ولكن يجب في هذه الحالة أن يكون هناك عقدان منفصلان، الأول: عقد الاستصناع بمبلغ معلوم، والثاني: إجارة المشروع لمدة معينة بنفس المبلغ، وتقع المقاصة بينهما عند انتهاء المدة.

وقد طرح في تلك الندوة تكييف آخر لعقد البناء والتشغيل، وذلك مذكور في آخر قرار الندوة بما نصه:

«ورأى البعض إمكان تخريج هذا العقد على أساس الإقطاع لصاحب الامتياز إقطاع انتفاع لمدة معينة، ثم تؤول المنشأة بعدها إلى الدولة».

ولي في هذا التكييف نظر، فإن الإقطاع يكون بغير عوض، ولو كان ذلك إقطاع انتفاع لمدة معينة لما وجب عليه أن يترك المشروع لصالح الدولة المقطعة. ولو اشترط ذلك عليه صار عقد معاوضة، دون إقطاع. فيؤول الأمر إلى كونه إجارة أو استصناعاً كما حققناه من قبل.

وبعد الفراغ من تكييف عقود البناء والتشغيل، نريد أن نتعرض لبعض الجزئيات المتعلقة بها:

---

(١) فتاوى ندوات البركة ص: ٢٢٠ الطبعة الخامسة جدة ١٤١٨هـ قرار رقم ٢/١٣.

(٢) فتاوى ندوات البركة ص: ٢٢٠ الطبعة الخامسة جدة ١٤١٨هـ قرار رقم ٢/١٣.

١ ـ الإشراف الحكومي على المشروع:

قد ذكرنا في أول هذ البحث أن مقصود الحكومة من الدخول في عقود البناء والتشغيل، هو أن يُنشأ مشروع من مشاريع القطاع العام بتمويل القطاع الخاص، وما دام أن المقصود إنشاء مشروع لصالح القطاع العام، فإن الحكومة بعد الدخول في هذا العقد لاتجلس منعزلة عن كيفية إنجاز المشروع، بل إنها تشرف على جميع مراحل الإنجاز إشرافاً دقيقًا لكي ينشأ المشروع حسب متطلباتها، وموافقاً للمواصفات التي اتفق عليها في العقد.

وبما أن العلاقة بين الدولة والجهة الصانعة ـ حسبما حققناه فيما سبق ـ علاقة المستصنع بالصانع، فمن طبيعة هذه العلاقة أن يكون المستصنع يشرف على مراحل إنجاز المشروع، فلا مانع من ذلك شرعاً.

٢ ـ طرق التمويل التي تستفيد بها الجهة الصانعة:

ثم إن عقود البناء والتشغيل تتعلق عادة بمشاريع كبيرة تتطلب أموالاً هائلة، وقد لا تستطيع الجهة الصانعة أن تتحمل هذه النفقات من جيبها الخاص، فتحتاج إلى تمويل من المؤسسات المالية على أساس القروض الربوية، أو من الشعب على أساس إصدار السندات الربوية. وكل ذلك حرام في الشريعة الإسلامية لحرمة الربا. فما هو البديل لتمويل الجهة الصانعة؟

والجواب: أن الجهة الصانعة يمكن لها أن تستفيد بأي طريق من طرق التمويل الإسلامي من المشاركة، والمرابحة، والإجارة وما إلى ذلك. أما المرابحة فيمكن تطبيقها في جزئيات المشروع، فيمكن أن تشتري المواد الخام للمشروع عن طريق المرابحة، كما يمكن أن توفر آلات ومعدات للمشروع، بأن تشارك مؤسسة أو مؤسسات مالية بطريق التمويل المجمع في المشروع.

المشاركة بطريق التوريق:

وإن التمويل على أساس المشاركة يمكن بطريق التوريق (securitization) أيضاً، فيجوز للجهة الصانعة صاحبة الامتياز أن تصدر صكوكاً يساهم بها حملتها في المشروع، ويحق لهم الاستفادة من الموارد المالية التي تحصل بفرض الرسوم على المستخدمين.

ويجوز إصدار هذه الصكوك قبل الشروع في بناء المشروع، فتكون الصكوك صكوك المشاركة التي تمثل لحملتها الحصة الشائعة في جميع العملية، فكأن مجموعة حملة الصكوك هم الذين دخلوا في عقد الاستصناع مع الدولة، وبذلك يساهمون في جميع حقوق الجهة الصانعة والتزاماتها، ويشاركونها في الموارد المالية الحاصلة من منفعة المشروع.

وكذلك يجوز إصدار الصكوك بعد اكتمال المشروع، وحينئذ تكون هذه الصكوك ممثلة للحصة الشائعة في المنفعة التي حصلت عليها الجهة الصانعة ثمناً للاستصناع، وحاصل ذلك أن المنفعة أصبحت مملوكة للجهة الصانعة لمدة متفق عليها، فيجوز لها أن تشرك الآخرين فيها لقاء عوض مالي، فيكون مثل أن يملك رجل منفعة مجمع سكني باستئجاره من المالك، ثم يدخل الشركاء في حصصه الشائعة قبل إجارة شققه إلى المستأجرين النهائيين.

وليس هذا من قبيل إجارة ما هو مؤجر من قبل، حيث لا يجوز، لأن المنفعة في تلك الحالة انتقلت إلى المستأجر فلا يملك المالك إجارته مرة أخرى، ولا يكون إلا بيعاً للأجرة المتوقع لها من المستأجر الأول، وذلك غير جائز.

أما في موضوعنا، فإن منفعة المشروع باقية في ملك الجهة الصانعة، ولم تنتقل إلى أحد، والذين يستفيدون من المشروع فإن استفادتهم جزئية وآنية. فإذا كان المشروع جسراً أو طريقاً معبداً فإن منفعتهما مملوكة للجهة الصانعة بحق الامتياز، والذين يمرون على الجسر أو على الطريق المعبد، فإن المنفعة لا تنتقل إليهم، وإنما يستفيدون بها استفادة جزئية وآنية. فإن أدخل مالك المنفعة شركاء جدداً،

فلا يقال: إنه ملكهم حصة من المنفعة التي انتقلت إلى المستأجرين، بل إنه يملكهم حصصاً في المنفعة القائمة بيده، ولا محظور في ذلك.

على هذا، يجوز لمالك هذه المنفعة أن يصدر صكوكاً تمثل حصصاً شائعة في هذه المنفعة، ولما ملك حملة الصكوك حصصاً من المنفعة فإنهم يستحقون حصصاً شائعة من الرسوم التي تفرض على من يمر على الجسر أو على الشارع، وبما أن هذه الصكوك تمثل ملكية في المنفعة دون مبلغ مالي، فإنه يجوز تداولها في السوق الثانوية.

وهكذا يمكن أن تحدث هذه الصكوك آلية جيدة لاستجلاب فضول أموال الناس وتشغيلها في مشاريع القطاع العام، بحيث يفيد المشروع، كما يفيد الشعب في الحصول على ربح جيد.

والله سبحانه وتعالى أعلم.

* * *

تطبيق نظام البناء والتمليك (B.O.T)
في تعمير الأوقاف والمرافق العامة

إعداد
الشيخ/محمد عبده عمر
عضو المجمع
ممثل الجمهورية اليمنية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على رحمة الله للعالمين. محمد الخاتم لوحي السماء وصفوة الله المختار لختم رسالات الأنبياء والمرسلين. صلوات الله وأنوار رحمته ورضوانه عليه وعليهم أجمعين.

أما بعد:

فإن موضوع هذا البحث. خاص بمشروعية استثمار جانب من أهم جوانب الوقف الإسلامي. الذي حدد من قبل الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي. بخطابها رقم: ٢٠٠٨م ـ أ ف أ/وتاريخ ١٤٢٩/٤/٢٤هـ الموافق ٢٠٠٨/٤/٣٠م بالآتي: «تطبيق نظام البناء والتمليك: «B.O.T» في تعمير الأوقاف والمرافق العامة» وذلك ضمن المحاور التالية:

١ ـ التعريف بعقد البناء والتشغيل والإعادة.

٢ ـ بيان خصائص عقد البناء والتشغيل والإعادة.

٣ ـ تسليط الضوء على طبيعة مشروعات الأوقاف والمرافق العامة من حيث أنها لا يجوز أن تقع تحت التملك الفردي. وعلى أهمية هذا العقد في استثمار أراضي الأوقاف لاتفاقه مع طبيعتها.

٤ ـ تقييم عقد البناء والتشغيل والإعادة: «الإيجابيات والسلبيات».

٥ ـ التخريج الفقهي لعقد البناء والتشغيل والإعادة، وتميزه عما يشبهه من عقود أخرى.

٦ ـ بيان الحكم الشرعي في هذا العقد. إضافة إلى نقاط أخرى يمكن إثراء الموضوع من خلالها.

ومن خلال هذه المحاور. اقتضى تقسيم بحث الموضوع إلى المباحث التالية:

١ ـ **المبحث الأول**: نظرة الإسلام إلى أهمية الحفاظ على أصول الوقف واستثمارها.

٢ ـ **المبحث الثاني**: دور الوقف الإسلامي في بناء الحضارة وتخفيف الأعباء على الموازنة العامة.

٣ ـ **المبحث الثالث**: تعريف عقد البناء والتشغيل والإعادة. وخصائص هذا العقد عما يشبهه من العقود. وبيان حكمه الشرعي.

٤ ـ **المبحث الرابع**: تسليط الضوء على طبيعة مشروعات الأوقاف والمرافق العامة.

٥ ـ **الخلاصة**.

٦ ـ مشروع القرار.

٧ ـ **المراجع**.

❊ ❊ ❊

المبحث الأول
نظرة الإسلام إلى أهمية الحفاظ على أصول الوقف واستثمارها

اتفق فقهاء الإسلام بما لا يعلم خلافه. بأن التصرف في مال الوقف يستمد أحكامه من التصرف في مال اليتيم وفي كل ما يتعلق بمال اليتيم من أحكام شرعت للحفاظ عليه وتنميته وكل فعل تقتضيه مصلحة مال الوقف. ومجموعة النصوص الواردة في الكتاب والسنة. من وجوب الحفاظ على مال اليتيم والوعيد الشديد الذي ورد فيها. هي واردة على مال الوقف. بل ذهب بعض الفقهاء إلى وضع شروط على مال الوقف مما لم يضعوها على مال اليتيم. استنبطوا تلك الشروط. من تعريف الوقف الذي يعرفه الفقهاء بأنه: «تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة» إذ المراد بتحبيس الأصل: المنع من التصرف فيه تصرفاً ناقلاً للملكية. وعند الضرورة اشترطوا شروطاً لم يشترطوها في مال اليتيم(١). من حيث عدم جواز بيع شيئًا من أصوله أو الاستبدال بعينه أو تغيير شيئًا من ملامحه إلا في حالة الضرورة القصوى، وعندما تصبح عين الوقف عديمة الجدوى ولا تحقق المنفعة التي قصدها الواقف من وقفه. ومن ناحية الذمة المالية للوقف فإن الفقه الإسلامي ساوى بين الجهة المتولية على مال الوقف. بالجهة القائمة على مال اليتيم والقاصر. والأحكام الفقهية بين الجهتين واحدة عدا ما تمت الإشارة إليه من انفراد الوقف ببعض أحكام فيها شدة. ذلك أن مسؤولية الجهة الوقفية تستمد مسؤوليتها على

---

(١) الشافعية يفرقون بين كون الموقوف مسجداً فلا يجيزون استبداله بالبيع بأي حال. ولو انهدم أو انتقل الناس عنه. أما إذا الموقوف غير المسجد فإن كان ينتفع بالوقف فأكثر فقهاء الشافعية على عدم جواز البيع ولو لمصلحة. أما إذا انعدم الانتفاع به بالكلية فمنهم من أجاز ومنهم من منع: انظر: النووي روضة الطالبين جـ ٥ ص٣٥٦ ـ ٣٥٨، وهو أيضاً رأي الحنابلة، انظر: الإنصاف للمرادي جـ ٧ ص ١٠١، وهذه الشروط وأمثالها كثير لم تشترط في مال اليتيم.

الوقف من المسؤولية الواقعة على الأوصياء والتصرف في مال الوقف يستمد أحكامه من التصرف في مال اليتيم. والذي هو فعلاً تحت الوصاية[1]. ولا يوجد فاصل بين الأحكام الشرعية الهادفة إلى المحافظة على الأصول الوقفية. وبين الأحكام الفقهية الهادفة إلى تنمية هذه الأصول واستثمارها. إذ علاقة الاستثمار بأصول الوقف وعلاقة هذه الأصول بتنميتها واستثمارها. علاقة عضوية وعلاقة ديمومة دوام واستمرار لتحقيق المصلحة التي من أجلها كان الوقف. ذلك أن الوقف في مشروعية إنشائية وتجديده هو في حقيقته عملية تكوين رأسمالي وبنفس الوقت مشروع استثماري. وهو توظيف لأصل الوقف الذي يعود بالمنافع المضاعفة على الموقوف عليهم. ذلك أن من أهداف الوقف هو الحصول على أكبر عائد لإنفاقه على الموقوف عليهم. ومن أجل الحصول على أعلى درجات التنمية والاستغلال لهذا المال الذي قصد به رضوان الله والتقرب إليه. لا بد أولاً من الحفاظ على أصوله أعظم من حفاظ المسلم على ماله الخاص، ولا بد ثانياً من الرعاية والعناية الكاملة. في تنميته وحسن استثماره. والحديث هنا ليس مقارنة تفصيلية بين أحكام الوقف وأحكام مال اليتيم وإنما قصدنا بالجملة. أهمية الحفاظ على أصول الأوقاف وأعيانها ودوام صيانتها ودوام تنميتها واستثمارها. وقصدنا أيضاً الإشارة إلى من يجهل أو يتجاهل واجب الحفاظ على الوقف من الناحية الشرعية إلى الحد الذي وصل الجهل بالأحكام الشرعية للوقف. مما يقتضي شرعاً على نظاره والقائمين عليه: أن يتقوا الله فيما ولوا عليه من أوقاف المسلمين وأن يراجعوا الأحكام الشرعية والقوانين الإدارية والمالية الخاصة بالأوقاف الإسلامية. وأن الوعيد الشديد الذي جاء في الكتاب والسنة لمن يتجاوز الأحكام التي شرعت في مال اليتيم هي نفسها التي تطبق على أموال الأوقاف والتي أجمع عليها فقهاء الشريعة. ولا يكفي الحفاظ على أصولها وأعيانها مع الجمود عليها وتعطيل أو تقليل منافعها وعائداتها. بل الواجب الشرعي يفرض على نظار الوقف

---

(١) نقل الإمام الطبراني في الأوسط، جـ ٢، ص٣٥٢، أنه قال عليه الصلاة والسلام: «اشتد غضب الله على من ظلم من لا يجد ناصراً غيري».

والقائمين عليه حسن تنميته والأخذ بأدوات وأساليب الاستثمار الجديدة التي تؤدي إلى تطويره ومضاعفة إنتاجه بما لا يتعارض مع وظائفه ومقاصده وأحكامه الشرعية وشرط الواقف إذا كان في مصلحة ما أوقفه. إن هذا الواجب ليس جديداً على نظار الوقف والقائمين عليه. كيف وفقه أحكام الوقف قد أخذ سهماً وافراً من فقه الشريعة كما أخذ مساحة واسعة في أمهات فقه المذاهب الإسلامية.

لقد أدى الجهل بالأحكام الشرعية للأوقاف وعدم توفر الوازع الديني من جهة، وعدم الكفاءة في حفظه وصيانته وحسن تنميته واستثماره من جهة أخرى إلى تدخل الدول الإسلامية في الأوقاف الإسلامية. من الصلاحيات التي أعطاها الفقه الإسلامي لصاحب الولاية العامة عندما يصبح الوقف الإسلامي عاجزاً عن القيام بمقاصد الواقف. فأنشئت لذلك الوزارات. والمؤسسات والإدارات العامة. التابعة للدول الإسلامية. فكانت النتيجة بمجملها مزيداً من ضياع أصول وأعيان الأوقاف وجمود وتعطيل ما تبقى منها وحرمان الكثير من الموقوف عليهم ومزيد من تراكم المديونية على أموال الأوقاف فكانت النتيجة ظهور مصطلحات جديدة للتعامل مع الأوقاف بحالتها المتردية، فظهر مصطلح: الحكر(١)، ومصطلح: الكدك(٢)، ومصطلح: المرصد(٣)،

---

(١) هو أن يكون أصول أو عين الوقف قد أصابها الخراب ولا يوجد لها تمويل ذاتي فيعقد اتفاق مع من يقوم بإعادة إعمارها ومقابل ذلك تقوم الجهة القائمة على الوقف بإبرام عقد إجارة طويل الأجل يدفع بموجبه بجانب تعمير الوقف قيمة مقابل أجرة أرض الوقف. وتكون على جزأين. الأول ـ يعادل قيمة الأرض ـ والثاني مبلغاً صغيراً يدفع على أقساط مدة الحكر. وتظل الأرض ملكاً للوقف. وما أقيم عليها من بناء يكون ملكاً للذي عمر الوقف. يتصرف فيه تصرف المالك. من بيع أو رهن أو هبة وإجارة ويورث عنه. إلخ.

(٢) هو أن يكون عقار الوقف من دار أو دكان فيصاب بالخراب والتهدم من عدم صيانته من الجهة القائمة على الوقف. فيقوم المستأجر بصيانته أو إعادة بنائه على أن تقبل الجهة القائمة على الوقف أن لا تخرجه من هذا المكان المؤجر الذي كان مستأجراً له من قبل وقام بإعماره مقابل إيجار رمزي ـ وهو يشبه الحالة الأولى.

(٣) هو أن يقوم مستأجر العقار بترميمه وصيانته بإذن الجهة القائمة على الوقف ويرصد المبلغ دين على ذمة الوقف.

ومصطلح: الإجارتين[1]، ومن منطلق أحكام الوقف الشرعي. قرر الفقهاء بما لا يعلم خلافه. بأن نفقة الموقوف المتعلقة بصيانته وتجهيزه تكون بموجب شرط الواقف. من ماله أو من المال الموقوف. انطلاقاً من قصده وليس بالضرورة أن يكون من لفظه ذلك أن قصد الواقف ظاهر وليس خفي. وهو الانتفاع بهذا الوقف ولا يتحقق الانتفاع إلا مع بقاء عين الوقف صالحة لأداء وظيفتها التي من أجلها أوقفت. واستمرار هذا البقاء لا يتحقق إلا بالإنفاق عليه بوضع ميزانية من عائداته. ومن هنا قال جمهور الفقهاء: إن عمارة الوقف وصيانته مقدمة على حقوق الموقوف عليهم ما لم يترتب على ذلك ضرر لا يحتمل بالموقوف عليهم. ومن هنا نجد الفقيه الحنفي ابن عابدين يضع قاعدة في حاشيته المشهورة بقوله: «عمارة الأعيان الموقوفة. مقدمة على الصرف للمستحقين»[2] إلا أن هذه القاعدة مقيدة بما تقدم. قال الإمام النووي: «إن وظيفة المتولي العمارة والإجارة، وتحصيل الغلة، وقسمتها على المستحقين، وحفظ الأصول والغلات»[3] فإذا كانت الغلة العائدة من الوقف لا تفي بصيانته من الخراب والأضرار التي أصابته والتي قد تؤدي إلى هدم بعض أجزائه أو كان يلحق المستحقين ضرر من

---

(١) هو أن تؤجر الأرض لمن يحفر فيها الماء ويغرس فيها الأشجار المثمرة ويدفع المستأجر مبلغاً يساوي مع ما قام به من إعمار الأرض قيمة الأرض الزراعية: ويكون محتكراً لها لا يخرج منها لمقابل إجار رمزي. مع بقاء الأرض اسماً للوقف.

وهذه الصيغ المتقدمة إلى جانب مخاطر الاستيلاء على أصول الوقف وضياعها فإنه لا يوجد فيها عائد على الوقف إلا المبلغ الرمزي الذي لا يسمن ولا يغني من جوع:

ومن هذه المصطلحات: الكدك ـ والذي يطلق على ما يحدثه المستأجر من بناء في حانوت الوقف من ماله لنفسه بإذن متولي الوقف بشرط حق البقاء للمستأجر ويدفع أجرة المثل ما دام البناء قائماً وله حق البيع والرهن ويورث عنه: مصطلح: الكردار ويطلق على ما يحدثه المستأجر على أرض الوقف من زرع وغرسه وله نفس الحقوق التي تقررت لصاحب الحانوت ـ مقابل أجرة المثل.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ ص٧٦٧.

(٣) وهذا الرأي الفقهي ورد في روضة الطالبين في الفقه الشافعي ص٣٤٨.

حرمانهم من العائد فيما لو صرف لإصلاح الأضرار. فإن على الناظر أو الجهة المتولية للوقف أن تطلب الإذن من القاضي الشرعي المعتمد من قبل الولاية العامة باستدانة ما يصلح عين الوقف من الأضرار أو الخراب أو من الأضرار المتوقع حدوثها. وتكون الاستدانة على ذمة الوقف. وعلى القاضي الاستعانة بأهل المهنة الأمناء بتقدير الأضرار وتوصيفها ومبلغ الاستدانة الذي يستدعيها الإصلاح. وهذه الاستدانة للمصلحة الكبرى للوقف لا خلاف على جوازها بين فقهاء الشريعة بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك حيث أجازوا لناظر الوقف أو الجهة المتولية عليه. أن تستدين ليس من أجل إصلاحه بل من أجل تنمية أصوله واستثماره بالطرق التي تجيزها الشريعة الإسلامية، وإنما الخلاف بينهم في إذن القاضي. بمعنى هل إذن القاضي الشرعي شرط لجواز الاستدانة أم ليس بشرط. فذهب الأحناف والشافعية إلى وجوب إذن القاضي. وجهة نظرهم الحذر والحيطة من فساد الزمان. والقاضي الشرعي هو الذي يملك حق منح الإذن بالاستدانة على ذمة الوقف وبدون فوائد ربوية عملاً بمبدأ القرض الحسن. كون القاضي مولى من قبل من له الولاية العامة. وأوقاف المسلمين وحقوق الموقوف عليهم داخلة في ضمن تلك الولاية العامة، وبالتالي. فإذن القاضي شرط لجواز الاستدانة على ذمة الوقف. وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز الاستدانة بدون إذن القاضي ووجهة نظرهم. إن نظار الوقف أو المتولين عليه أمناء. وبالتالي: فإن الأمانة والائتمان من الصفات الأولية لاختيارهم كنظار أو متولين على الوقف ما لم يظهر منهم خلاف ذلك فتنزع منهم النظارة أو الولاية بإذن القاضي. وهذا الخلاف أيضاً إذا لم يشترط الواقف في صك الوقف جواز الاستدانة عند الحاجة لمصلحة الوقف. فإن شرطها يعمل بشرطه ولا حاجة لإذن القاضي. ولا خلاف بينهم. بأن من حق الولاية العامة الممثلة بالقاضي أن يؤمر الناظر أو متولي الوقف بأن يزرع أرض الوقف، فإن كان لا يملك البذر ولا المؤنة الضرورية لزراعتها. فإن على القاضي أن يأذن بالاستدانة.

لقد أولت الشريعة الإسلامية الاهتمام الأكبر لعملية استثمار وتنمية

أموال الأوقاف ليس لأنها تحافظ على الموارد المالية والبشرية فحسب. بل لأنها تضيف إليها أصولاً مالية جديدة. ذلك أن الوقف بحكم مقاصده الخيرية التي يهدف إلى تحقيقها. يحرص على تنمية الأصول الوقفية ويضاعف الجهد لاستثمارها، وهو جهد تنموي مقاصدي تطلبه طبيعة الوقف وتأمر به مقاصد الشريعة ومن خلال هذا الجهد التنموي الاستثماري تتحقق مقاصد الوقف وتتجسد رسالته الإسلامية والإنسانية، فقهاً وتطبيقاً. وخلاصة القول إن استثمار مال الوقف مطلب شرعي وهو ما دلت عليه نصوص الشريعة وأكدته مقاصدها. قال الإمام الرازي عند تفسيره لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴿٥﴾﴾[1] إنما قال المولى عز وجل: «فيها» ولم يقل: «منها» لئلا يكون ذلك أمراً بأن يجعلوا أموالهم مكاناً لرزقهم بأن يتجروا فيها ويثمروها فيجعلوا أرزاقهم من الأرباح لا من «أصول الأموال»[2] ومن خلال البيان الوارد بهذا المبحث يتضح أن المقصود باستثمار أموال الوقف هو استثمار أصل الوقف عقاراً كان أو منقولاً أو استثمار الريع أو فائض الغلة، وقد حث فقهاء الإسلام على أن استثمار ممتلكات الأوقاف مقصد شرعي كمقصد تنمية المال في الشركة. ذلك أن كتاب الوقف وأحكامه غالباً ما يأتي بعد كتاب الشركة. في كتب الفقه الإسلامي، وما ذلك إلا للمناسبة التي تجمع بينهما وهو الاستثمار. إذ المقصود بكل منهما: «الانتفاع بما يزيد على أصل المال»[3] وهذا الاتجاه في تعريف الاستثمار لأموال الوقف هو ما انتهى إليه.

وبالجملة فإن كثيراً من فقهاء المذاهب الإسلامية يجيزون لناظر الوقف أو الجهة القائمة عليه العمل بما تمليه مصلحة الوقف على حد سواء من يشترط إذن القاضي ومن لا يشترط، كما أجازوا البناء على الأرض الزراعية الموقوفة إذا الاستغلال بالبناء أنفع للموقف عليهم.

---

(١) النساء آية: ٥.
(٢) ج ٩ ص١٨٦. من التفسير الكبير للإمام الرازي.
(٣) الهداية على هامش العناية. ج ٦ ص٩٦.

نخلص من كل ما تقدم إلى أن استثمار أموال الوقف مقصداً من مقاصد الشريعة الإسلامية وإن لم ينص عليه الواقف في صك الوقف، ولو شرط عدم استثماره، فإن هذا الشرط باطل وغير ملزم لناظر الوقف أو المتولي عليه إذ أنه مناقض لمقاصد الشريعة من الوقف ومناقض لقصد الواقف من الوقف أيضاً. ومع أن شروط الواقف أخذت حيزاً كبيراً من أحكامه، وأن شرط الواقف كنص الشارع، معتبر شرعاً وأنه ملزم لنظار الوقف والجهات القائمة عليه، وأن شرطه فيما أوقفه من ماله، يجب العمل به كوجوب العمل بالنص الشرعي، الذي يساويه في هذا الوجوب. إلا أن فقهاء الشريعة، قيدوا ذلك بالشروط التي فيها طاعة لله والعائدة على مصلحة الوقف ومصلحة الموقوف عليهم.

مثل أن يشترط استثمار العين أو الأصل الموقوف إما مباشرة هذا الاستثمار من أصل الوقف نفسه، أو غير مباشر بأن يكون الاستثمار من ريع الوقف أو من بعضه، وأحياناً يكون شرط الواقف مطلقاً وغير محدد. وأحياناً يكون شرط الواقف استثمار نسبة محددة من ريع الوقف لصيانة الأصل وتنميته، فهذه الشروط وما شاكلها معتبرة شرعاً لا تجوز مخالفتها، طالما وهي موافقة لمقاصد الشارع. وبالمقابل فإن أي شرط للواقف يتناقض مع المقصد الشرعي من الوقف أو يرتد بالنقض أو الفساد على الموقوف عليهم يعتبر باطلاً، لمناقضته مقصد الشارع من الوقف. والعبرة هنا بالنظر الشرعي في صحة الشروط أو بطلانها.

ونختم هذا المبحث بما يتفق مع مقاصد الشريعة، وهو: عدم جواز الدخول في أي مشروع استثماري وقفي إلا بعد التحري والدراسة الجادة والدقيقة للجدوى الاقتصادية للاستثمار، مع وجوب مراعاة الضوابط الشرعية والمعايير الاقتصادية المعمول بها في الاستثمار المعاصر، الخاصة بالربحية ووجوب الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص في المجال الذي يستثمر فيه بخصوصه أي أن تكون استشارة أهل الخبرة والاختصاص في كل مجال بخصوصه وليس بصفة عامة. عدم جواز

المجازفة ومراعاة تحقيق مصلحة الوقف بموجب الأحكام الفقهية بهذا الخصوص وحسن اختيار الاستثمار المناسب، ذلك أن طبيعة استثمار مال الوقف يتسم بوجود انفصال بين ملكية أصوله وبين الجهة المسؤولة عن استثماره، وأيضاً الجهة المستفيدة عامة كانت أو خاصة، مما يقتضي الحذر والحيطة والتنوع في الاستثمار.

* * *

المبحث الثاني
دور الوقف الإسلامي في بناء الحضارة
وتخفيف الأعباء على الموازنة العامة

لقد قام الوقف الإسلامي بمساهمة فاعلة وإيجابية في بناء الحضارة الإسلامية، والذي لا زال الكثير منها شاهد عيان على ما قام به الوقف الإسلامي من مشرق الأمة الإسلامية إلى مغربها، سواء في جوانبها المادية أو الثقافية أو الفكرية والعلمية، أو في جوانبها الاجتماعية ومضامينها الإسلامية والإنسانية التي حث عليها الإسلام، وطبقها رسول الرحمة العامة محمد ﷺ بقوله وفعله وتقريره، والتي اشتملت عليه سيرته العطرة ﷺ. لقد تعددت ميادين الحياة الإسلامية التي تفرد بها الوقف الإسلامي.

فمن تشييد المساجد والجوامع إلى بناء الأربطة العلمية والمستشفيات والمدارس والمعاهد والمكتبات العامة وطباعة الكتب وتأمين الغذاء والمسكن والملبس لذوي الحاجة. كما شملت رعايته، الأيتام والفقراء والعجزة وابن السبيل والغارمين. كما شملت رعايته، مجال الرعايات الصحية والطب والحيوانات المريضة أو التي أصابها الكبر والطيور على تعدد أنواعها، ولا يزال الوقف الإسلامي يؤدي دوره الحضاري ورسالته الإسلامية المقدسة، وإن تفاوت الأداء قوة وضعفاً من عصر إلى آخر ومن مكان إلى آخر، إلا أن سمو بواعثه وقدسية مقاصده لا تزال ينبوع عطاء متدفق وجذوة نور عطائها لم تخبوا في أي وقت أو لحظة من لحظات التاريخ الإسلامي، وكيف تخبو أو تنطفي شعلة نور عطائه الرباني وهو مدد من معين الهداية الخاتمة، هداية الرحمة العامة لكل إنسان ولكل كبد رطبة في عالم الوجود إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها. ومن دلائل حاجة الإنسان والوجود إليه، أنه كلما تقدم التاريخ بالأمة الإسلامية اتضحت أبعاد الوقف الحضارية وأهميته

الاقتصادية والاجتماعية والإنسانية والأخلاقية. إنه شجرة مباركة ذللت قطوف ثمارها لليتيم والمسكين وابن السبيل وطالب العلم ولكل ضعيف ضاقت به سبل العيش ممن لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلاً. إنها شجرة الوقف الإسلامي التي بزقت سيقانها من نور عقيدة الحق. أصلها ثابت وفرعها في السماء وقطوفها دانية قد ذللت قطوفها تذليلاً. تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها. إنها شجرة قلب عقيدة الحق الذي وسع أنوار معرفة خالق الوجود وعالم الغيب والشهادة ولم تسعها السماوات والأرض. كما جاء في ذلك الحديث القدسي. حقاً إنها شجرة مغروسة في قلوب الذين يخرجون من نفائس أموالهم ابتغاء رضوان الله وموفور الجزاء في يوم. لا ينفع فيه مال ولا بنون. ولا يبغون من أحد جزاءً ولا شكوراً إنها شجرة تسقى من أنهار أنوار الإيمان. فكان حقاً على من ولي شيئًا من مسؤولية هذه الشجرة أن يحافظ على رسوخ جذورها في أعماق العقيدة الإيمانية التي نبتت منها وارتوت من معين يقين أنوارها في يوم توفى كل نفس ما كسبت وهم لا يظلمون. إنها شجرة تستمد قدسيتها من قدسية المقاصد التي تهدف إلى تحقيقها، وهي دائماً وارفة الظلال مذللة الثمار طوال العصور الإسلامية وستبقى ما بقيت العقيدة التي انبثقت منها وسيبقى معينها العذب ونبعها الدافق الدائم والمستمر. ومن هنا كان من خصائصها التأبيد والاستمرار، وهي خصيصة انفردت بها شجرة الوقف الإسلامي. دون بقية أصول الأموال التي ليست بوقفية. وهذه الخصوصية تستوجب الحفاظ على أصول هذه الشجرة وبذل الجهد المطلوب شرعاً لتنميتها واستثمارها التنمية والاستثمار المستمر والمتزايد الذي يحقق هذه الخصوصية. كما تعني هذه الخصوصية الاهتمام الاقتصادي بمضامين التنمية والاستثمار للوقف وأيضاً تعني الحد من مجالات الاستهلاك والصرف إلى مجال التنمية والاستثمار بحيث تزيد الإيرادات على المصروفات. ذلك أن تحقيق مقاصد الشرع والواقف تتعاظم بتعاظم المنفعة من الموقوف. والشريعة الإسلامية تهدف إلى تحقيق المصالح وإلى درء المفاسد. ولا شك أن تنمية الوقف واستثماره من أهم المصالح التي يتشوف الإسلام إلى تحقيقها. وأن إهمال تنميته

واستثماره من المفاسد التي نهى عنها الشرع والتي تستدعي تدخل الولاية العامة. لتحقيق هذه المصالح ودرء المفاسد بما منحها الشرع من حق الحفاظ على مصالح الأمة وفي مقدمتها الحفاظ على مصالح الوقف.

أما دور الوقف الإسلامي في تخفيف الأعباء على الموازنات العامة على الدول والشعوب الإسلامية. فقد كان الوقف الإسلامي، شاملاً ومغطياً لمؤسسات التربية والتعليم وللمدارس والجامعات. والمنح الدراسية ولوازم التعليم والمكتبات المدرسية وسكنى الطلبة والمؤسسات الصحية العلاجية والصيدلانية وتعليم الطب. وإطعام وإيواء المحتاجين والمسافرين وطلبة العلم وتقديم الخدمات وتوفير الاستراحات. وتوفير المياه للمحتاجين وشق الترع وصيانة الأنهار وحفر الآبار وصيانتها وإقامة المساجد وإدارتها وصيانتها وإقامة الملاجئ لذوي العاهات والمجانين والعناية بهم وتمهيد الطرق وشقها وإنشاء المعابر والجسور. وإنشاء المكتبات العامة وصيانة الكتب وإطعام الطيور والحيوانات الهرمة. يقول الدكتور محمد عبد القادر الفقي في مقال نشرته مجلة الوعي الإسلامي الكويتية في عددها رقم: ٤٥٦، شعبان ١٤٢٤هـ. بعنوان: «دور الوقف الإسلامي في التنمية وحماية البيئة»، نقلاً عن ابن جبير فيما رآه من المؤسسات الصحية في بغداد: «أنه وجد ببغداد حياً كاملاً من أحيائها يشبه المدينة الصغيرة كان يسمى سوق المارستان يتوسطه قصر ضخم جميل وتحيط به الحدائق والرياض والمقاصير والبيوت المتعددة وكلها أوقاف أوقفت على المرضى وكان يؤمه الأطباء والصيادلة وطلبة الطب، وكانت النفقات جارية عليهم من الأموال الوقفية المنتشرة ببغداد. ويقول: إن هناك عناية بتوفير الغذاء للمحتاجين والمسافرين وطلبة العلم حيث أقيمت في البلاد الإسلامية ما يعرف بالتكايا: وهي مساكن للإيواء والإطعام، وكانت تكية الوالي من محاسن دمشق». هذه الميزانية التي كانت تغطيها المؤسسات الوقفية في كل بلد إسلامي، والتي أصبحت اليوم عبأً ثقيلاً على الميزانية العامة للدول الإسلامية. ومن الأسباب الرئيسية لعجز المؤسسات الوقفية في الدول والشعوب الإسلامية، عدم استغلال هذه المؤسسات استغلالاً اقتصادياً والذي به تتمكن هذه

المؤسسات الوقفية من الحفاظ على أصول هذه الأموال من الضياع ورفع كفاءتها الإنتاجية وتوسعة أصولها القائمة واستحداث الجديد منها لتتزايد تراكماتها الرأسمالية فتتزايد تبعاً لذلك عوائدها بما يواكب تزايد حاجة الموقوف عليهم على الإنفاق. لقد تعرض الكثير من أموال الأوقاف. للإهمال والضياع بل إلى السلب والنهب وسوء الاستغلال وسوء الإدارة وربما ضاع الكثير منها وذاب في أموال الملاك، بطرق وأساليب من لا يخافون الله ولا يخشون حسابه إلى الحد الذي به فقد صفته الوقفية مما يستوجب صحوة ضمير أصحاب الولايات العامة في الشعوب الإسلامية والعلماء لاستعادة هذه الثروة الاقتصادية للأمة وتنميتها بالطرق الحديثة وبضوابطها الشرعية الأمر الذي يستدعي من المجامع الفقهية، عناية خاصة واجتهاد تأصيل بفقه الأوقاف، لا يقل عن فقه المعاملات المالية والاقتصادية والنقدية. واستنباط أحكام وضوابط شرعية لإمكانية الاقتراض الجائز شرعاً لعمارة وتنمية الأصول الوقفية. وأيضاً بيان أحكام الذمة المالية للوقف.

إننا لعلى يقين بأن مؤسسات الوقف الإسلامي سيكون لها دور رائد في عملية البناء التنموي في الأقطار الإسلامية إذا وجدت الاهتمام والرعاية من أولي الأمر والقائمين عليها، وذلك من خلال قيامها بتمويل وتنفيذ وإدارة العديد من برامج التنمية. بعد أن تراجعت في البناء التنموي حتى أصبحت بوضعها الحالي عالة على الميزانية العامة للدول الإسلامية، وأصبح الكثير ممن أوقفت عليهم هذه الأموال الكبيرة والنفيسة يتسولون في المساجد والطرقات تنخرهم الأمراض، وهم أغنياء فيما أوقف عليهم. وهنا نذكر القائمين على إدارات أموال الأوقاف أن يدركوا عظم المسؤولية الملقاة على عواتقهم من ثقل الأمانة التي أبت من حملها السماوات والأرض والجبال. والذي توجب الحفاظ على أصولها وتنمية واستثمار عوائدها والتي تعتبر عماداً من أعمدة الدخل القومي الدائم والمتجدد وركن من أركان التكافل والتراحم الاجتماعي وعماد من أهم أعمدة سد العجز في الموازنات العامة للدول الإسلامية. إن المسؤولية جسيمة تتمثل في أمانة الحفاظ على هذه الثروة الكبيرة

والهامة التي خلفتها الأجيال عبر تاريخها الإسلامي، وذلك من خلال الحفاظ على أصولها وأعيانها والعمل على بقائها شامخة البنيان غزيرة العطاء بما يقتضي وضع الخطط المدروسة والدقيقة بين موازنة الإنفاق التي تحافظ على بقاء أعيان وأصول الأوقاف ـ ودوام استمرارية تنامي عطائها.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن من ولي شيئًا من أوقاف المسلمين فتركها حتى انقطع عطاؤها واندرست أصولها فقد ارتكب إثماً عظيماً. كونه تسبب في حرمان الواقف من الثواب بانقطاع عطاء الموقوف عليه. ونلح الطلب على مجمعنا الموقر بصفة خاصة: أن يعمل على تطوير فقه الأوقاف ضمن ضوابط الاجتهاد، خاصة وأن الوضع الذي تعيشه الأوقاف الإسلامية، أصبح ضرورة ملحة لإصلاح وتطوير المؤسسات الوقفية في العالم الإسلامي.

* * *

المبحث الثالث

التعريف بعقد البناء والتشغيل
والإعادة وبيان خصائص هذا العقد

تعريف عقد البناء:

عقد تقوم جهة الوقف بإبرامه مع جهة ممولة للبناء على أرض وقفية إذا اقتضت مصلحة الوقف الشرعي إبرامه مع من يمول هذا البناء وعقد هذه صورته هو في حقيقته، عقد استصناع يبرم بين الجهة القائمة على الوقف بصفتها مستصنعة، أي طالبة لصنع البناء، وبين الجهة الصانعة والممولة لهذا البناء والمتفق عليه بشروطه ومواصفاته. مقابل مبلغ متفق عليه بين الجهة المستصنعة التي هي جهة الوقف وبين الجهة الصانعة والممولة، وبعد إبرام هذا العقد، تقوم الجهة الصانعة والممولة، بعقد مع مقاول يقوم باستصناع هذا البناء وإنجازه بموجب الشروط والمواصفات التي أبرمت في العقد، بين جهة الوقف وبين الجهة الممولة، يدفع الممول للمقاول قيمة البناء المستصنع بمبلغ أقل نسبياً من المبلغ الذي عقده مع جهة الوقف. ويتم الدفع للمقاول من قبل الممول بحسب نسبة إتمام البناء من واقع المستخلصات المعتمدة في عقد الاستصناع أي: عقد البناء. وبعد إتمام البناء يكون المبنى ملكاً للممول. أما الأرض التي أقيم عليها البناء فتبقى على أصلها ملكاً للوقف. وتأخذ جهة الوقف في تقديرها بأن أجرة الأرض التي أقيم عليها البناء كافية لتسديد قيمة البناء بحيث تنتهي ملكية الممول للبناء عند آخر دفعة من أجرة الأرض، وتحدد مدة بقاء ملكية الممول للبناء بذلك وقد تقصر المدة أو تطول بسبب ظروف الموقوف عليهم والذي قد يضطر الجهة القائمة على الوقف أن تخصم نسبة من أجرة الأرض لإنفاقها عليهم، كما تقوم الجهة القائمة على الوقف بإبرام وعد ملزم مع الجهة الممولة

للبناء بأن الجهة القائمة على الوقف سوف تشتري هذا المبنى الذي أقيم على أرض الوقف بالتدريج وبما تستحق في ذمة الممول صاحب البناء من أجرة الأرض. وبالتالي يصبح هذا البناء وقفاً تبعاً لملكية الأرض الوقفية. ومعلوم بأن مدة تأجير أرض الوقف للذي بنى عليها الممول يكون تشغيل المبنى وإدارته حق من حقوقه مدة الإجارة التي تنتهي بآخر دفعة يستحقها من أجرة الأرض المكملة لقيمة تكاليف البناء المتفق عليها قبل البناء مع الجهة القائمة على الوقف، ثم تتم إعادة المبنى بصورة سليمة حسب العرف العملي السائد والذي يختلف من مكان إلى آخر كما تعود الإدارة والتشغيل لإدارة الوقف كحق من حقوقها متفق عليه مسبقاً، بحيث يكون المبنى وإدارته وتشغيله ملكاً شرعياً من أملاك الوقف، وصيغة العقد هذه لصورة من الصور الحديثة لاستثمار الوقف، بعد أن كان استثمار أموال الأوقاف حبيس الصيغ التقليدية التي كانت تراوح بين عقد الإجارتين، والإحكار والمرصد.

لا شك بأن هذا العقد وكذا تشغيل إدارته وإعادة المبنى والتشغيل والإدارة إلى ملكية الوقف بصورة سليمة وعائد ربحي كبير يشكل أفضل الصيغ العقدية لصيغ كثير من العقود الاستثمارية لأموال الأوقاف. وبمقارنة بسيطة بين هذا العقد وبين الصيغ التقليدية. مثل: عقد الإجارتين، والمرصد، والحكر، والكدك، ونحوها. والتي يكتسب منها المستأجر حق التصرف، وبالتالي حق التملك مقابل ما يقدم من أجر معجل يقارب قيمة الأرض. وأجرة سنوية ضئيلة لا تسمن ولا تغني من جوع، وحتى المبلغ المعجل الذي يقارب قيمة الأرض تنفقه إدارة الوقف في عملية الإصلاح والترميم لصالح المستأجر الذي يظل دائماً محتكراً لعين الوقف إلى ما لا نهاية. ومن هذا الاستغلال لأصول الأوقاف والذي ضاع الكثير منها، كان اللجوء إلى وسائل وصيغ حديثة لاستثمار أموال الأوقاف، ضرورة يقع عبء تبعاتها على فقهاء الإسلام في العصر الحديث، الذي تطورت فيه أدوات وأساليب تنمية الأموال واستثمارها، مما لم تكن موجودة في عصور الفقهاء القدامى ـ عليهم رحمة الله أجمعين ـ ومن نعمة الله علينا أن الأمة الإسلامية تمتلك اليوم

فقهاء معاصرون لم يألو جهداً في استنباط الأحكام الفقهية لكل ما يستجد في حياة الأمة مما يهمها من أمر دينها ودنياها وكان لهم إسهاماً فاعلاً في استنباط الصيغ المناسبة والملائمة، سواء كانت تلك الإسهامات المشكورة من الجهد الشخصي أو من خلال مشاركتهم في المجامع الفقهية.

ونعتقد أن عقد البناء بهذه الصورة هو أفضل من عملية الاستبدال في شراء عين الوقف بالبدل الذي بيعت به عين من أعيانه لتكون وقفاً محلها، بمعنى بيع العين التي أصبحت لأي سبب من الأسباب غير صالحة ولا يرجى منها أي نفع وبعد إذن القاضي الشرعي تباع بالنقود وشراء عين أخرى مكانها، وهذه من الحالات الاستثنائية الضرورية الذي يجوز فيها بيع عين الوقف وشراء بثمنها عين أخرى مكانها هي أنفع للوقف منها، وبعد إذن القاضي الشرعي كشرط لجواز البيع والاستبدال، ومعنى ذلك أن مصلحة الوقف اقتضت بيع مال وقفي وشراء آخر بذلك الثمن مع المحافظة على مقاصد الواقف وشروطه المعتبرة العائدة إلى مصلحة الوقف والموقوف عليه. لماذا نعتقد أن عقد البناء أفضل من عملية الاستبدال؟ ذلك أن عقد البناء على الوقف هو أولى وأصلح من أي احتيال أو تلاعب على الاستبدال بالأعيان والأصول الوقفية التي أصبحت غير نافعة، أي: بيع العقار بمثله. أضف إلى ذلك اختلاف الفقهاء في جواز الاستبدال وعدم جوازه ويعتبر ذلك من الخصائص الإيجابية لعقد البناء والتشغيل والإعادة. ومن الخصائص والمميزات الإيجابية لهذا العقد. أنه يحافظ على ما اندرس من أعيان الأوقاف وأصولها. أو ما تعطل منها. وبالتالي: فإن عقد البناء يعتبر البديل الأفضل الذي يحافظ على أعيان الوقف. وقد طبق هذا العقد في بعض الدول العربية الإسلامية وكانت التجربة ناجحة من هذه الدول: المملكة الأردنية الهاشمية.

ومن الخصائص والمميزات الإيجابية لهذا العقد. أنه يبتعد عن الإقراض الربوي الذي يراكم الديون على أموال الأوقاف فضلاً عن كونه محرماً شرعاً. إضافة إلى أنه عقد تنطبق عليه كل المعايير والضوابط

الشرعية. وسوف نوضح في هذا المبحث تخريجه الفقهي وحكمه الشرعي، وتفنيد الاعتراضات الواردة عليه من بعض الفقهاء وذلك حسب طلب أمانة المجمع الموقرة. لقد عرف هذا العقد واشتهر كمعيار شرعي ضمن اعتبار معايير شرعية توصل إليها بعض فقهاء العصر الذين توفرت فيهم شروط الاجتهاد بضوابطه الشرعية وقد طبق في تمويل إعمار الوقف في المملكة الأردنية الهاشمية. وهي ناجحة في مجال التطبيق العملي لمصلحة الوقف.

أما تعريفه: فقد عرفه كثير من فقهاء المذاهب: على أنه «عقد استصناع» وهذا هو تعريفه اللغوي بمعنى: أنه طلب صنعة ما، إذ إن حرف السين والتاء في أصل وضعهما للطلب، يقال لغة: استصنع فلان سيفاً أو خاتماً إذا طلب ذلك ممن يصنع السيوف ويتقن هندستها ومقاييسها وتفاصيل مواصفاتها، أو من يتقن صنع الخياتم. وكذا كل من يحترف مهنة من المهن ويحذق فيها، يطلق عليه لغة وعرفاً: إنه صانع لتلك الحرفة، الذي تفرد بحذقه فيها وإتقانه لها. كما يقال لغة: أيضاً استصنع الشيء؛ إذا طلب صنعه. كما تطلق كلمة: (صِناعة) بكسر الصاد، على حرفة الصانع.

أما في الاصطلاح: فقد عرفه الفقيه الحنفي ابن عابدين في حاشيته المشهورة بقوله: «هو أن يطلب من الصانع أن يصنع شيئًا بثمن معلوم»[(١)].

وعرفته مجلة الأحكام العدلية: «بأنه عقد مقاولة بين أهل الصنعة على أن يعمل شيئًا»[(٢)] أما بقية المذاهب الثلاثة. ينظرون إلى هذا العقد على أنه عقد من عقود السّلم، غير أن هناك فرق جوهري بين عقد السّلم وعقد الاستصناع يتمثل هذا الفارق في وجوب تسليم رأس المال، أي: وجوب تقديم الثمن، وتأجيل المثمن في مجلس عقد السّلم

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكيساني جـ ٦ ص١٦٧٧؛ مختار الصحاح: مادة صنع؛ حاشية ابن عابدين جـ ص٢٢٣.

(٢) انظر شرح المجلة: ص٢١٩.

بخلاف عقد الاستصناع. كما تقدمت لنا صورته. إذ لا يشترط فيه ذلك، وقد اعترض على هذا العقد. بالاعتراضات التالية:

١ ـ **الاعتراض الأول**: أن صفة هذا العقد لا تخرج في حقيقتها، عن بيع عقد الأجل الذي هو البيع بالتقسيط.

٢ ـ **الثاني**: إن الجهة الممولة لا تقوم بإعداد المشروع والتصنيع بنفسها في حقيقة الأمر، حتى يقال: إن جهة الوقف قد استصنعته.

نرد على الاعتراض الأول: بالفرق الواضح بين هذا العقد وبين عقد البيع بالتقسيط؛ ذلك أن عقد الاستصناع يعقد على شيء موصوف في الذمة غير موجود وقت العقد، بينما عقد البيع بالتقسيط لا يكون إلا على عين موجودة فلا شبه بينهما إذ الجهة منفكة بين صفة العقدين. ذلك أن عقد البيع بالتقسيط على موجود، وعقد الاستصناع عقد في الذمة، أي: إنه عقد على معدوم وقت العقد، وبالتالي: فلا وجود لشبه ولا لوجه شبه بينهما.

أما الاعتراض الثاني: وهو عدم قيام الجهة الممولة، بإعداد المشروع والتصنيع بنفسها. فهذا لا يمنع من أن تكون هي الصانعة. لأن العرف وهو من المصادر التبعية. لاستنباط الأحكام، ونعني به هنا العرف العملي العام، قد جرى العمل به بأن التنفيذ العملي لعقد الاستصناع لا يكون إلا من الباطن. وتبقى الجهة الممولة. هي الجهة المسؤولة المتعهدة عن القيام بتنفيذ عقد الاستصناع.

ومن هنا يتضح. بأن الاعتراضات المشار إليها لا ترد عليه. وبالتالي فهو عقد شرعي لا غرر فيه ولا جهالة ولا يؤدي إلى خلاف أو منازعة. إذا طبقت عليه الشروط والمواصفات الواضحة والدقيقة[1]. وحتى في حالة أن يحدث خلل من قبل الجهة الممولة في شروط العقد أو

(١) زاد بعض فقهاء الأحناف من شروط جواز هذا العقد، أن يكون مما تدخله الصنعة، وألا يكون مما لا تدخله الصنعة. مثل البهائم والثمار ونحو ذلك مما لا تدخله الصنعة، وهذا العقد مما تدخله الصنعة وهي مأخوذة من اسمه.

مواصفاته المتفق عليها. فإن جهة الوقف بالخيار. إن شاءت قبلت وإن شاءت رفضت، وإن شاءت خصمت من المبلغ بقدر ما انتقص الصانع من المصنوع، وقد أصبح هذا العقد معلوماً عند من يتعاملون به. ذلك أن هذا العقد، عندما تكون أوصافه مضبوطة، لا يمكن أن يحتمل الغرر، أو الجهالة التي تفضي إلى التنازع، كيف وهو عقد على موصوف في الذمة، معلوم الجنس والمقدار والثمن والصفة. مستنده الشرع والعرف العملي والحاجة الماسة إليه، أما الشرع: فقد أخرج الإمام البخاري ـ رحمه الله ـ في كتاب «الإيمان» من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم استصنع خاتماً من ذهب وكان يلبسه فيجعل فصه في باطن كفه، فصنع الناس خواتيم» ومعلوم أنه ﷺ لم يكن صانعاً حتى يصنع الخاتم بنفسه. فدل ذلك على جواز هذا العقد. ومحل الشاهد الاستصناع وإن حرم التختم بالذهب بعد ذلك، ولو لم يكن نص شرعي كالذي تقدم، فإن العرف العملي كافي القول بجوازه. وقد أجاز العرف قديماً وحديثاً عقود المقاولات المختلفة وهي من قبيل عقد الاستصناع.

قال الإمام السرخسي: «إن الناس تعاملوا في الاستصناع من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير»[1] ومع كل ما ذكر. فإن لهذا العقد أسس وقواعد شرعية يستند إليها، منها: الأمر بعموم الوفاء بالعقود. قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ مطلق العقود الواردة في الكتاب والسنة، ومنها قاعدة الوفاء بالشروط. «المسلمون عند شروطهم» ومنها: إحلال البيع، وهذا العقد هو: نوع من البيع. قال الجصاص في الآية الكريمة رقم ٢٩. من سورة النساء. بأنها: عموم في إطلاقها، سائر التجارات وإباحتها. قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ﴾[2] في اقتضاء عمومها. سائر البيوع إلا ما خصه التحريم منها. وإن كان اسم التجارة أعم وأشمل من اسم البيع. ذلك أن اسم التجارة يعم

(١) المبسوط: جـ ١٢ ص١٣٨.
(٢) آية رقم ٢٧٥. سورة البقرة.

جميع عقود التجارة وكذا الهبات الواقعة على الأعواض والبيوع، ومنها القاعدة التي تقول: «إن الأصل في العقود رضا المتعاقدين». بدليل قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1] ومنها الحديث. الثابت عن رسول الله ﷺ: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط». فإن الفقهاء حملوه على من اشترط إباحة ما حرم الله أو تحريم ما أباحه. أما ما كان مباحاً بدون شرط، فإن الشرط قد يصيره من الإباحة إلى الوجوب، وهذا ملحوظ في باب الشروط من الفقه الإسلامي. وقد يكون المراد من الحديث؛ ما ليس في كتاب الله إباحته، لا بخصوص ولا بعموم، ذلك أن ما دل كتاب الله على إباحته بعمومه فهو من كتاب الله بمقتضى عموم القواعد الأصولية أما حديث: «لا تبع ما ليس عندك». فقد حمله الفقهاء على ما إذا كان البيع حالاً غير مؤجل. كما يدل فحوى الحديث. على أنه مقيد بعلته، وهي الغرر. والنص الشرعي عندما يكون معللاً، فإن حكم ذلك النص المعلل بمقتضى القواعد الأصولية يدور مع علته وجوداً وعدماً وإلا كان ذلك التعليل عبثاً يتنزه عنه كلام الله ورسوله ﷺ وبالتالي. فإن العبرة. بوجود. الغرر. التي هي علة النهي، كما هو مقرر في الأصول، وكما هو معلوم من إطلاق النصوص، أو تقييدها، أو تخصيصها بالعلل المنصوصة أو المستخرجة، والخاصة في مجال المعاملات على اختلافها، وبهذه القواعد الأصولية نستطيع الجمع بين النصوص التي يبدو من ظاهرها التعارض ولا نعتقد بعد هذا العرض الذي لا لبس فيه بأن عقد البناء من عقود الاستصناع وأن تخريجه الفقهي وتكييفه الشرعي متطابق تمام التطابق مع عقود الاستصناع التي أجازها الفقه الإسلامي. ونعتقد أن سبب هذا اللبس عند بعض الفقهاء مع الإجلال والإكبار الذي نكنه لهم ناتج عن مشابهته لكثير من العقود، وسنوضح وجه الشبهة بينه وبين بعض العقود الأخرى بالتالي:

١ ـ **عقد السّلم**: وقد أوضحنا الفرق الجوهري بينه وبين عقد البناء ـ

---

(١) سورة النساء: الآية: ٢٩.

الاستصناع ـ فيما تقدم من هذا المبحث. وقلنا أن الفارق بينهما يتمثل في عقد السّلم في وجوب تسليم رأس المال، أي: وجوب تقديم الثمن، وتأجيل المثمن في مجلس العقد، بخلاف عقد البناء، أي: عقد الاستصناع. إذ لا يشترط فيه ذلك.

٢ ـ **عقد الأجل**: الذي هو البيع بالتقسيط[1]. وقد أوضحنا الفرق بينه وبين عقد البناء (الاستصناع)، بأن: عقد الاستصناع، يعقد على معدوم موصوف في الذمة بينما عقد السّلم، يعقد على شيء موجود يتقدم فيه الثمن على المثمن فيه.

* * *

(١) ذكر الباحث البيع بالتقسيط على أنه بيع السلم، محل نظر، لأن الثمن في السلم لا يتم مقسطاً وإنما يسلم للبائع كاملاً، د/أحمد عبدالعليم.

المبحث الرابع
تسليط الضوء على طبيعة مشروعات الأوقاف والمرافق العامة

مشروعات استثمار أموال الأوقاف على وجه الخصوص بالصيغ التقليدية لقد تتبعت هذه الصيغ في الكثير من كتب الفقه الإسلامي فوجدت أنها لا تخرج عن الصيغ التالية. حسب علمي. وقد أحسن من انتهى إلى ما علم.

١ ـ المرصد:

«دين على الوقف ينفقه المستأجر لعمارة عين الوقف، لعدم وجود مال لدى الجهة المسؤولة عن الوقف»[1]، وذلك في حالة أن يكون الوقف أو أصل الوقف غير صالح للانتفاع، وبعد أن لا تجد الجهة القائمة على الوقف من يستأجره، وبعد إذن القاضي الشرعي تعقد جهة الوقف مع مستأجر يقوم بالبناء والتعمير للوقف ويكون مجموع ما أنفقه على البناء والتعمير ديناً على ذمة الوقف. يستوفيه من أجرة الوقف بالتقسيط، ويكون له حق القرار في عين الوقف التي قام بإعمارها وتورث عنه. وإن تنازل لآخر يأخذ حقه منه ويحل الآخر محله في العقار. ويكون ذلك أيضاً بإذن القاضي.

الإجارة في معناها الفقهي في أمهات كتب المذاهب الفقهية، هي عبارة عن: «عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض». وذكر كلمة: معاوضة هنا، ليخرج من التعريف الوقف وما في معناه، كما يخرج بذكر المنفعة من التعريف: البيع، لأنه تمليك عين، وقد نقل الإجماع على جواز الإجارة[2]، وقد اشترطوا فيها ما يشترط في المتبايعين، وإن

---

(١) ينظر ج ٤ ص٤٠٢ من حاشية ابن عابدين. ومصطفى الزرقا المدخل ج ص٥٧٠؛ نزيهة حماد. أساليب استثمار الأوقاف ص١٧٥ ـ ١٧٦.

(٢) انظر: رسائل ابن نجيم ص٣٢٢. والشرح الصغير لدردير ج ٥ ص٢٤٦.

أركانها أربعة، هي: ١ ـ المستأجر ٢ ـ الأجير ٣ ـ الأجرة ٤ ـ المنفعة[١] وهي من الصيغ القديمة في الفقه الإسلامي وهي أن تقوم الجهة المسؤولة عن الوقف بتأجير عين الوقف بعوض معلوم لمدة معلومة مقابل ما يحصل عليه المستأجر من المنفعة بأجرة المثل بحسب عرف الزمان والمكان. وقد أجاز الفقه الإسلامي الإجارة لفترة زمنية طويلة من الزمن، وحسب ما تقتضيه المصلحة والعرف بتحديد مدة الإجارة بسنة أو سنتين أو ثلاث أو أكثر تكون المدد ضابطة لمصلحة الوقف والموقوف عليهم. وسواء تم ذلك بعقد واحد أو عقود مترادفة. وإذا حدد الواقف مدة الإجارة بصك الوقف فإنه يعمل به ما لم تقتض مصلحة الوقف والموقوف عليهم بنظر القاضي خلاف ذلك.

وقد شدد كثير من الفقهاء من مختلف المذاهب على أن لا تنقص أجرة الوقف عن أجرة المثل وإلا عدّ المستأجر غاصباً[٢]. وعقد الإجارة هذا هو المفضل عند جمهور الفقهاء على مدة الإجارة الطويلة إذ تستطيع الجهة المتولية على الوقف أن تقوم بتعمير ما تهدم أو خرب من الوقف بما يعود عليها من عقد الإجارة المحددة. بخلاف مردود الإجارة الطويلة والمسماة بعقد الإجارتين والذي يكتسب المستأجر حق البقاء إلى ما لا نهاية كما نوضحها فيما يلي:

٢ ـ عقد الإجارتين:

سمي هذا العقد بهذا الاسم. لأن جهة الوقف تضطر لهذا العقد اضطراراً لتعمير ما خرب من الوقف الذي لم يعد منه أي عائد نفع، فتقوم جهة الوقف لإبرام هذا العقد لمدة طويلة بإذن القاضي بأجرة مدفوعة تقارب قيمة العقار الفعلي يقوم المستأجر بتعمير الوقف بها أو تقوم جهة الوقف بذلك حسب ما يتفقان وتبقى في ذمة المستأجر أجرة سنوية يدفعها مقسطة. والخطورة على الوقف من هذا العقد أنه يعطي

---

(١) انظر: ابن جزئي ـ القوانين الفقهية ص١٨١.

(٢) كتاب الإسعاف للطرابلسي ص٦٧ ـ ٦٨.

لدافع المال المستأجر حق التصرف المطلق في العقار المؤجر. بما في ذلك حق الإرث عنه. وتفيد المراجع الفقهية بأن الدولة العثمانية هي أول من سنت قانوناً لهذا العقد. والذي أعطى الحق للمستأجر باستثمار العقار بنفسه أو تأجيره أو التنازل عنه ببدل أو رهنه[1]. والملاحظات على هذا العقد كثيرة ربما يلاحظها القارئ الكريم لوضوحها، فقط نقتصر على ملاحظة واحدة، وهي: أن الأجر المعجل يعمّر به الوقف من جديد فتذهب منافعه للمستأجر دون أن ينتفع الوقف بأي شيء، عدى الأجرة السنوية الضئيلة، التي لا تسمن ولا تغني من جوع، وبالمقابل يبقى عقار الوقف بهذا العقد ملكاً للمستأجر يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه ولا ينتهي بموته بل يورث عنه كباقي تركته.

٣ ـ الحكر «التحكير الاستحكار»:

عقد الإحكار، أو التحكير، أو الاستحكار، لمصطلح واحد، وأيّ عَقد عُقِد بأي صيغة من الصيغ الثلاث؛ فهو مؤدي لمعنى ما تبقى من الصيغ المشار إليها. وهي لا تخرج عن صيغة العقد الذي قبلها ما عدى الاختلاف اللفظي في صيغة العقدين، وخلاصة هذا العقد: أن تقوم جهة الوقف بدفع أرض وقف خالية، لشخص يطلق عليه اسم المستحكر، مقابل مبلغ مدفوع معجلاً يقارب قيمة الأرض الموقوفة، وبهذا يكون له الحق الكامل بالبناء أو الزرع أو الغرس وسائر وجوه التصرف والانتفاع، مثل تصرف المالك في ملكه تماماً فيها البيع والشراء وانتقاله إلى ورثته مقابل أجرة سنوية ضئيلة لا تسمن ولا تغني من جوع. قد يكون الفارق هنا بين العقدين: أن المبلغ المعجل الذي يقارب قيمة الأرض لا يعود لمصلحة المحتكر، كما في عقد الإجارتين، تستفيد منه جهة الوقف في تعمير أوقاف أخرى أي أنه من هذه الناحية يفضل على عقد الإجارتين.

---

(١) انظر: المدخل لمصطفى الزرقا ج ١ ص٣١٣؛ حاشية ابن عابدين ج ٤ ص٤٠٢ ـ أساليب الاستثمار د/نزيه حمادى ص١٧٥.

٤ ـ عقد الخلو:

وله عدة أسماء في مصر وفي المغرب العربي بعامة منها = الجلسة = ومنها = الزينة = ومنها = المفتاح = وقد عرف بتعريفات كثيرة أوضحها فيما يلي: أن عقد الخلو، يعني: شراء الجلوس والإقامة بعقار، سواء كان هذا العقار حانوتاً أو بيتاً أو نحو ذلك، على الدوام والاستمرار، مثله مثل مكتري الأرض للبناء أو الغرس. بحيث لا يحق لمالكه الأول أن يخرجه من هذا العقار، وإنما يحق له: أجرة مثله، بحسب العرف العملي السائد، وقد أطلقت هذه العبارة بين من يتعاملون به، إذ قالوا بأن: «الخلو هو اسم لما يملكه من دفع مبلغاً من المال من المنفعة التي دفع المبلغ في مقابلها»[١] ومن هنا فإن عقد الخلو، يشبه عقد المرصد المتقدم. إذا كان دفع مبلغ الخلو من المال للحصول على حق الإقامة الدائمة بعقار الوقف فلا يوجد فرق بينهما، وقد وقع الخلاف فيه وخاصة: الحنفية والمالكية[٢].

٥ ـ عقد الاستبدال والمناقلة:

بداية نشأته: أن جمهور فقهاء المذاهب الإسلامية، جعلوا الاستبدال من صيغ استثمار الوقف في حالات معينة، وقرروا بأن تكون تلك الحالات التي يتم فيها الاستبدال من الحالات ذات الفائدة الكبيرة العائدة على الوقف، سواء تمثل ذلك في المناقلة بعقار حسن بأحسن منه سعة أو موقعاً أو نحو ذلك، المهم أن يكون لمصلحة الوقف. والاستبدال الذي يحقق نفعاً أكبر من الأصل في الجملة أو أكثر منه دخلاً أو بيعه والشراء بثمنه وقفاً أفضل منه بإذن القاضي الشرعي. قد أجازه بعض كبار فقهاء المذهب الحنبلي، في مقدمتهم. الإمام ابن تيمية إذ قال بعد أن استعرض الصيغ التي تستعمل لتمويل الأوقاف كالإجارة والحكر: «ومع هذا فقد

---

(١) انظر: الفرقاوي: التنبيه بالحسنى في منفعة الخلو. والسكنى ص٣٦ ـ ٣٨.

(٢) اشتهر الخلاف في هذين المذهبين. بين فقهاء المالكية الذين يجيزون هذه الصيغة من العقود. وبين الأحناف الذين يخالفون.

جوزوا بيعه والتعويض بثمنه. لأن ذلك أصلح لأهل الوقف. للضرورة وإلا لتعطل الانتفاع بالكلية»[1] وبعد هذا الاستعراض الموجز لصيغ الاستثمار التقليدي في مجال الوقف يتبين بوضوح بأن هذه الصيغ بمددها الطويلة وعوائدها القليلة غير المجزية بالمردود الكلي للأصول الوقفية يتيح الفرصة لذوي النوايا السيئة للتلاعب والتحايل على أعيان وأصول الأوقاف، وقد حدث في التاريخ الإسلامي في مصر، أن أجرة الجهة المتولية على الوقف بدون إذن القاضي. «ألف ذراع» من الأرض بعدما صارت تلالاً من أقواز الرمل، مدة «تسعة وتسعين سنة» بأربعة أرطال زيت وبعد استصلاحها ارتفعت قيمتها بحيث أصبح الذي اشتراها بأربعة أرطال زيت لا يحتاج إلى ثروة غيرها. وقد سئل الشيخ عليش، وهو من كبار علماء مصر في وقته، فأفتى بفسخ البيع، كما أفتى بفسخ الإجارة إذا كانت أقل من أجرة المثل وكان الغبن خارج عن العرف المتعامل به أما إن كان الغبن يسيراً فإنه مما يتسامح به، ولا تفسخ[2].

واستعراضنا لهذه الصيغ التقليدية والتي كانت تمارس من خلالها عملية الاستثمار ولا زالت في مشاريع الأوقاف ومرافقها العامة، وتسليط الضوء عليها. نجد هذه الصيغ بجملتها لا تخرج عن إطار عقد الإجارة باستثناء عقد الاستبدال. وأصبح المستفيد الحقيقي وخاصة ما يسمى. بعقد الإجارتين هو المستأجر وكذا ما يسمى بحق: الحكر، ذلك أن كلاً من المستأجر والمحتكر يكتسب حقوق المالك في التصرف في أعيان الوقف وأصوله، وما يقدمه المستأجر من مبلغ يقارب قيمة الأرض الوقفية تعيده له الجهة الوقفية بالترميم والإصلاح مقابل أجرة سنوية زهيدة، لن تفيد الوقف في شيء. ويمكننا تقويم الوضع العام من خلال صيغ هذه العقود. على المشاريع الوقفية ومرافقها العامة بعاملين أساسيين أديا إلى جمود الاستثمار المربح والمفيد للأوقاف. وإلى تراكم المديونية عليها.

---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا جـ ١ ص٥٧٠؛ الزرقا. الوسائل الحديثة للتمويل. انظر: محمود مهدي صيغ تمويل الأوقاف ص٨٦.

(٢) انظر: عليش فتح العلي المالك جـ ٢ ص٢٣٩.

١ ـ **الأول منهما**: حصر مجال الاستثمار على الأراضي والمباني. الأمر الذي أدى إلى تجميد استثمار أموال الأوقاف. وضآلة عائدات الاستثمار من هذين المجالين.

٢ ـ **وثانيهما**: الظلم والإجحاف في صيغ العقود التقليدية كما رأينا، وكانت النتيجة لهذين العاملين السلبيين على أعيان الأوقاف وأصولها، تراكم الديون، وشحة الموارد، وهي السمة المشتركة بين كل الدول الإسلامية، وإن تفاوتت النسب حيث تشكل النسبة العظمى من الأصول الموقوفة والماثلة للعيان عبئاً كبيراً على إدارات الأوقاف التي جمدتها أو لم تحسن استثمارها حتى صارت عائداتها الضئيلة لا تكفي لصيانتها، ومن هذه الوضعية المزرية التي وصل إليها الوقف في الدول الإسلامية، كان الواجب البحث عن أساليب ووسائل لاستنقاذ ثروة الأمة الكبيرة والنفيسة والمتنوعة من الضياع، والأمة بأشد الحاجة إليها لكي تخفف عليها أعباء الموازنات العامة. والتي كان يطلع بها الأوقاف وهي من وظائفه ومسؤولياته ولقد كان لبعض الفقهاء المعاصرين وللمجامع الفقهية جهداً مشكوراً لبذل الجهود التي قاموا بها لاستنباط الصيغ الاستثمارية المناسبة والملائمة لطبيعة الوقف وأحكامه ومقاصده الشرعية. وسوف نوضح هذه الصيغ، التي توصل إليها فقهاء العصر، الذين توفرت فيهم شروط الاجتهاد، والمعروفين لدى الأمة بالورع والتقوى، وأول هذه الصيغ، صيغة:

١ ـ عقد الاستصناع:

أي: عقد البناء، والذي هو أساس هذا البحث. وقد أوضحناه بما فيه الكفاية، فلا نعيده هنا.

٢ ـ عقد المشاركة:

وصورته: أن تقوم الجهة المتولية على أرض الوقف بتقديم الأرض لمن يقوم بتمويل البناء عليها، ويكون البناء له والأرض تبقى على أصلها ملكاً للوقف، ثم تقوم إدارة الوقف بتأجير العقار وإدارته، ثم توزع

الأجرة بين جهة الوقف التي تملك الأرض التي أقيم عليها البناء، وبين صاحب البناء الذي مول البناء وشيده، وذلك بحسب استحقاق كل من الأرض والبناء[1]. ويلاحظ بأن صيغة العقد هذه قد جمعت بين: عقد الإجارة، والشراكة إلا أن ميزته تمثلت بسحب إدارته وتأجيره من صاحب التمويل والبناء إلى إدارة الوقف، وبالتالي فلا خوف على أرض الوقف من الضياع.

٣ ـ عقد المشاركة المتناقصة:

وصورته: أن تقوم الجهة المسؤولة عن الوقف بتخصيص جزء من عائد الربح، لشراء البناء من الممول تدريجياً حتى تعود ملكيته نهائياً إليه فيصبح الوقف مالكاً للأرض والمبنى معاً، وصيغة العقد هذه تتناسب مع الطبيعة الخاصة بالوقف والتي لا يجوز أن تملك أعيانها أو أصولها الموقوفة، وإلا عدّ ذلك تصرفاً يتعارض مع مقصد الوقف من حبس الأصل عن التصرف وتسبيل المنفعة.

٤ ـ **عقد الإجارة التمويلية «المنتهية بالتمليك»**، ويمكن تلخيصها بصورتين:

١ ـ الأولى: تقوم الجهة المسؤولة عن الوقف بتأجير أرض الوقف لشخص أو جهة اعتبارية مدة طويلة بأجرة سنوية محددة، ويقيم المستأجر بناء على هذه الأرض المستأجرة ليستثمرها طيلة مدة الإجارة المتفق عليها، أخذه الجهة المسؤولة على الوقف في حسبانها بأن أجرة الأرض كافية لتسديد قيمة البناء عند انتهاء مدة الإجارة، فتتفق مع المستأجر على شراء البناء الذي يقيمه على أرضها بالتدريج بما تستحق في ذمته من أجرة الأرض[2].

٢ ـ والصورة الثانية: أن تكون الجهة القائمة على الوقف. بحاجة إلى

---

(١) انظر: الوسائل الحديثة للتمويل، للزرقاء ص١٩٦، نزيه حمادي. الأساليب المعاصرة ص١٨٥.

(٢) الوسائل الحديثة للزرقاء ص٩٩ نزيه حمادي. الأساليب المعاصرة ص١٨٦.

آلات ومعدات لاستثمارها على أرض الوقف. مثل: بناء سد لحجز المياه، أو استصلاح لأرض وقفية أهملت. أو لبناء مزرعة للدواجن على أرض الوقف، أو نحو ذلك. وهنا تجد الجهة القائمة على الوقف نفسها مضطرة إلى معدات. فتتفق الجهة القائمة على الوقف مع ممول يقوم بشراء هذه المعدات باسمه وتأجيرها على جهة الوقف إجارة تنتهي بالتمليك[١]. بمعنى أن يكون اتفاقاً مسبقاً بين الطرفين بأن جهة الوقف سوف تأخذ هذه المعدات المؤجرة من المؤجر نهاية مدة الإجارة المتفق عليها بسعر الظرف نفسه مع الأخذ بالاعتبار الحالة. الاستهلاكية التي وصلت إليها تلك المعدات.

٥ ـ عقود سندات المقارضة:

وصورتها: أن تقوم جهة الوقف. بدراسة دقيقة للمشروع الذي تريد استثماره اقتصادياً، وبعد دراسة التكاليف المتوقعة، وعائد الربح المتوقع تقوم جهة الوقف بواسطة هيئة متخصصة بإصدار سندات قيمتها الإجمالية مساوية للتكلفة المتوقعة مثلاً للبناء، ثم تعرض على حاملي السندات اقتسام عائد الإيجار بنسبة يتم تحديدها على ضوء الدراسة الاقتصادية، وتكون الحكومة ضامنة لسندات المقارضة على أن يكون ما تدفعه الحكومة في حالة الضرر على حاملي السندات ديناً على ذمة الوقف لا تتقاضى عليه الحكومة أي زيادة، أو فوائد ربوية، بعد ذلك تتفق الجهة القائمة على الوقف مع حاملي السندات بوعد ملزم من قبل الطرفين بأن تقوم الجهة الوقفية بتسديد المبالغ المالية لحاملي السندات على أقساط نقداً أو من خلال احتساب أجرة الأرض الوقفية الذي أقيم عليها البناء وبالتالي تكون جهة الوقف قد تملكت مشروعاً استثمارياً الذي هو البناء مع الاحتفاظ بأرض الوقف الذي أقيم عليها البناء. وبهذه الصورة تكون سندات المقارضة: أداة استثمارية، تقوم على تجزئة رأس مال القراض

---

(١) انظر: محمود مهدي: صيغ التمويل ص٩٦.

بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة مسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحول إليه بنسبة ملكية كل منهم فيه. وتستمر هذه الملكية طيلة المشروع من بدايته إلى نهايته وتترتب جميع الحقوق والتصرفات المقررة شرعاً للمالك في ملكه من بيع الصك في أسواق الأوراق المالية، وكذا الرهن والهبة والإرث إلى آخره، وبهذا العقد وبهذه الصورة: تكون الجهة القائمة على الوقف بمثابة المضارب الذي يدير المشروع الاستثماري تستحق نسبة من الربح يتفق عليها مسبقاً مع عائد إيجار سنوي أو شهري لأرض الوقف وما يعود على المشروع من ربح يوزع بين أرباب الأموال والمضارب[١] «الوقف» بحسب النسبة المتفق عليها بعد خصم حصة أجرة الأرض.

وبعد هذه الجولة من التطواف في أمهات مراجع الفقه الإسلامي في مجال الوقف الإسلامي أحكاماً وفقهاً واستثماراً نود أن نشير إلى قاعدة: «قصد الواقف لا لفظه». والتي جاءت في كتاب: «رعي المصلحة» للشيخ عبد الله بن بيّه. والذي يعتبر من أبرز فقهاء العصر، ومما يقوي هذه القاعدة[٢]، ما ورد في كتاب «مواهب الجليل» للحطاب المالكي، من تطبيق بعض النماذج لهذه القاعدة[٣]. أن فقهاء المالكية. قد جوزوا أن يفعل في الوقف المحبس الأصل، ما فيه مصلحة له، مما يغلب على الظن حتى كاد أن يقطع به أن لو كان الواقف حياً وعرض عليه ذلك لرضيه واستحسنه، وقال الفقيه الشافعي القفال الشاشي: «لا بد من النظر إلى مقاصد الواقفين، وكل أحد يجزم بأن غرضه توفير الريع على جهة الوقف. وقد يحدث على تغاور الأزمان مصالح لم تظهر في الزمن الماضي وتظهر الغبطة في شيء يقطع بأن الواقف لو اطلع عليه لم يعدل عنه فينبغي للناظر أو الحاكم فعله»، لكن ذلك يجب أن يكون بإذن القاضي الشرعي.

---

(١) القراض والمضاربة اسمان لمسمى واحد: فالقراض: مصطلح أهل الحجاز، والمضاربة: مصطلح أهل العراق. انظر: بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص٢٣٦.

(٢) رعي المصلحة، للشيخ عبد الله بن بيه ص١٨ ـ ١٩.

(٣) انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج ٦ ص٣٦.

توصية

إن واجب القائمين على الأوقاف في الدول الإسلامية وفي شعوب الدول غير الإسلامية أن يقوموا بوضع خطط علمية لحصر أعيان وأصول وأموال الأوقاف وتصنيفها، والتي تشتمل على ثروة كبيرة متنوعة، منها: العقارات الكثيرة والتي يقع أغلبها في عواصم الدول وكبار المدن وفي الأسواق التجارية والصناعية، وفي الأحياء ذات الكثافة السكانية والقيمة التاريخية، ومنها المساحات الزراعية الكبيرة، وما تمتلكه من خصوبة التربة ومن مياه جوفية ونهرية، كأوقاف العراق التاريخية، والتي تفوق ما تمتلكه العراق من ثروات نفطية أو معدنية. وما يقال عن أهمية أوقاف العراق يقال عن أوقاف تركيا وبلاد الشام بما فيها أوقاف المسجد الأقصى وسائر أرض فلسطين الطبيعية، ومصر والسودان وبلاد المغرب والمشرق العربي والإسلامي، إلى آخر ما هنالك وما تمت الإشارة إليه مجرد نماذج لبقية الشعوب التي لم تذكر أن هذه الثروة العظيمة والهائلة يستعصي حصرها على الدول داخل شعوبها الأمر الذي يستوجب التعاون فيما بينها لوضع الخطط الإحصائية ذات التصنيف الدقيق لنوع الوقف ومكانه وحجمه والحال الذي هو عليها، والجهة الموقوف عليها إلخ ما هنالك من التصنيف العلمي الدقيق. وما لم تتعاون الدول الإسلامية والهيئات ذات العلاقة المباشرة أو غير المباشرة مع هذا الواجب الإسلامي فإن الأمة الإسلامية بمجموعها تكون قد ضيعت جزءاً مهماً من ثروتها وقوتها الاقتصادية، إذ لا يقتصر هذا الضياع على الحقوق الشرعية على من أوقفت عليهم، والذي صار الكثير منهم يشحتون ويتسولون في المساجد والطرقات تنخرهم الأمراض، وسواء اغتصبت منهم من قبل الذين لا يخافون الله ولا يتقونه، أو أهملت فلم تنم ولم تستثمر فالنتيجة لا تختلف.

***

خلاصة: نقاط البحث الرئيسية

١) قرر الفقهاء بما لا يعلم خلافه، بأن التصرف في مال الوقف يستمد أحكامه من التصرف في مال اليتيم، في كل ما يتعلق بمال اليتيم من أحكام شرعية أو قانونية أو إدارية، للحفاظ عليه وتنميته واستثماره، ومن تقنين النفقات والمصروفات، وفي كل ما تقتضيه مصلحة مال اليتيم هي مما تقتضيه مصلحة مال الوقف. وأن الوعيد الشديد الوارد في الكتاب والسنة، على من يغتصب أو يضيع أو يهمل أو يقصر في رعاية مال اليتيم، هي واردة جملة وتفصيلاً على من يغتصب أو يضيع أو يهمل أو يقصر في رعاية مال الوقف، أو لا يحسن تنميته واستثماره.

٢) لا يجوز التصرف الناقل للملكية، إلا عند الضرورة التي يقدرها القاضي المعتمد من قبل الولاية العامة المشهود له بالورع والتقوى، ولمصلحة الوقف.

٣) لا يوجد فاصل بين الأحكام الشرعية الهادفة إلى المحافظة على الأصول الوقفية وغلاتها، وبين الأحكام الفقهية والقانونية والإدارية الهادفة إلى تنمية هذه الأصول وغلاتها واستثمارها. إذ العلاقة بينهما علاقة عضوية ودائمة لتحقيق المصلحة التي من أجلها وجد الوقف في الإسلام.

٤) يجب شرعاً على نظار الوقف والجهات التي تدير الوقف: الأخذ بكل السبل والأدوات والأساليب الجديرة التي تؤدي إلى الحفاظ على أصول الوقف وتطويرها ومضاعفة إنتاجها بما لا يتعارض مع وظائفها ومقاصدها الشرعية أخذه في الاعتبار شرط الواقف ما دام في مصلحة ما أوقفه.

٥) يجب على نظار الوقف والقائمين على الإدارات الوقفية، وكل من تولى مسؤولية أو وظيفة في أي موقع كان من المسؤولية

الوقفية. دراسة الأحكام الشرعية والفقهية والقانونية والإدارية التي جاءت بشأن أموال اليتامى، وكذا القوانين الشرعية والإدارية التي شرعت لكيفية الحفاظ على أصول الأوقاف وحسن إدارتها وتنميتها واستثمارها، شأنها في ذلك شأن إدارة مال اليتيم سواء بسواء وهو أمر متيسر حيث أخذ فقه أحكام الوقف سهماً وافراً من أبواب فقه الشريعة في كل المذاهب الإسلامية، ولا يعذر بالجهل من نصب نفسه لأي مسؤولية أو وظيفة من وظائف الوقف فضلاً عن النظار والقائمين على إدارات الأوقاف، إضافة إلى شروط التقوى والورع بعدما اتضح بأن مصيبة الوقف في الوطن الإسلامي يشكل الجهل منها ٧٥٪، و٢٥٪ راجعه إلى عدم وجود الوازع الديني.

٦) عمارة الوقف وصيانته مقدمة على حقوق الموقوف عليهم ما لم يترتب على ذلك ضرر لا يحتمله الموقوف عليهم.

٧) إذا كانت غلة الوقف لا تفي بصيانته أو بالأضرار والخراب التي أصابته، وكان يلحق الموقوف عليهم ضرر من حرمانهم من العائد فيما لو صرف لإصلاح الأضرار. فإن على الناظر أو الجهة المسؤولة على الوقف أن تطلب الإذن من القاضي المعتمد من قبل الولاية العامة باستدانة ما يصلح الأضرار الواقعة أو المتوقعة، وعلى القاضي أن يأذن بالاستدانة ويستعين بأهل الخبرة الأمناء في تقدير الأضرار وتوصيفها ومبلغ الاستدانة الذي يستدعيها الإصلاح، ويكون الدين على ذمة الوقف.

٨) جوز جمهور الفقهاء الاستدانة إذا كان لمصلحة الوقف وزيادة ربحيته في تنميته واستثماره إذا كان مبلغ الاستدانة بدون فوائد ربوية بمبدأ القرض الحسن، وبإذن القاضي المعتمد الذي يقدر مصلحة الوقف في هذا الاستثمار كما أن عليه بمنح الإذن بالاستدانة لمن لم يجد البذر أو المؤنة لزراعة أرض الوقف.

٩) يجب الحرص على تنمية الأصول الوقفية واستثمارها بحكم مقاصدها الخيرية الذي يهدف الإسلام إلى تحقيقها ومضاعفة الجهد لاستثمارها وهو جهد مقاصدي تتطلبه طبيعة الوقف. وقد دللنا على هذا المقصد من الكتاب والسنة فلا داعي لإعادة ذكرها.

١٠) إجازة الفقهاء البناء على أرض الوقف الزراعية إذا كان الاستغلال بالبناء أنفع للموقوف عليهم. وسواء نص عليه الواقف في صك الوقف أو لم ينص، ولو شرط عدم استثمار ما أوقفه فإن هذا الشرط باطل لا يعتد به لمناقضة المقصد الشرعي من الوقف. والعبرة بالنظر الشرعي لصحة هذه الشروط أو بطلانها.

١١) عدم جواز الدخول في أي مشروع استثماري وقفي إلا بعد التحري والدراسة الدقيقة للجدوى الاقتصادية للاستثمار مع وجوب مراعاة الضوابط الشرعية والمعايير الاقتصادية المعمول بها في الاستثمار المعاصر الخاصة بالربحية البعيدة عن الربا وكل المعاملات المحظورة في الشريعة الإسلامية.

١٢) يجب اضطلاع الوقف الإسلامي بمهامه ورسالته المقدسة بالمشاركة بتنمية المجتمع وتخفيف الأعباء على الموازنات العامة.

١٣) يجب الحد من مجالات الاستهلاك والصرف إلى مجال التنمية والاستثمار بحيث تزيد الإيرادات على المصروفات.

١٤) يجب صحوة ضمير القائمين على الوقف الإسلامي، وكذا أصحاب الولايات العامة في الشعوب الإسلامية، والعلماء للحفاظ على ثروة الوقف الاقتصادية الهامة والكبيرة وتنميتها بالطرق الحديثة وبضوابطها الشرعية.

١٥) على المجامع الفقهية وعلماء الأمة القيام بالاجتهاد التأصيلي بفقه الأوقاف لا يقل عن الاجتهاد بفقه المعاملات المالية والاقتصادية والنقدية، واستنباط أحكام وضوابط شرعية لإمكانية الاقتراض الجائز شرعاً لعمارة وتنمية الأصول الوقفية، وبيان أحكام الذمة المالية للوقف.

١٦) وضع الخطط المدروسة بين موازنة الإنفاق التي تحافظ على بقاء أعيان وأصول الأوقاف. وبين دوام استمرارية تنامي عطائها.

١٧) وقد أصبح هذا الاجتهاد ضرورة لإصلاح وتطوير المؤسسات الوقفية في العالم الإسلامي.

١٨) أوضحنا تعريف وشرعية: عقد البناء والتشغيل والإعادة، وأنه مخرج تخريجاً فقهياً سليماً على عقود الاستصناع التي أجازها فقهاء الإسلام مع الشروط والضوابط التي أشرنا إليها في مشروع القرار.

١٩) أوضحنا خطورة بعض الصيغ التقليدية على مال الوقف، مثل صيغة عقد الإجارتين، والمرصد، والحكر، والكدك، ونحوها. وإبدالها بصيغ شرعية أشد حرصاً على مال الوقف وأملاكه وبنفس الوقت تنميته وتطويره واستثماره.

٢٠) أوضحنا مميزات وإيجابيات عقد البناء وأوضحنا الرد على الاعتراضات التي وردت من بعض الفقهاء على هذا العقد، كما أوضحنا الفرق بينه وبين عقود السلم.

٢١) سلطنا الضوء على طبيعة مشروعات الأوقاف والمرافق العامة. فوجدناها تشكو من الإهمال والجمود والاغتصاب، وهذه الوضعية المزرية تؤكد ما أشرنا إليه في النقاط: ١٤ و١٥ و١٦ من هذه الخلاصة.

٢٢) قرر الفقهاء بأن أجرة الوقف إذا نقصت عن مثيلاتها في أجرة الحر. وكان الغبن فاحشاً بحكم الظرف والعرف العملي السائد. فإن هذا العقد باطل ويجب فسخه.

٢٣) أجاز جمهور الفقهاء. عقد الاستبدال والمناقلة. وجعلوا الاستبدال من صيغ استثمار الوقف في حالات معينة، وقرروا بأن تكون تلك الحالات التي يتم فيها الاستبدال من الحالات ذات الفائدة الكبيرة العائدة على الوقف.

٢٤) أوضحنا بأن من الأسباب الرئيسية التي أضرت بالأوقاف طوال التاريخ الإسلامي:

(١) حصر استثمار الأوقاف في الأراضي والمباني بشكل حصري مما أدى إلى تجميد استثمار الأوقاف وضآلة العائدات.

(٢) الظلم والإجحاف الذي مثلته صيغ العقود التقليدية على أعيان وأصول الأوقاف.

٢٥) هذه من أهم نقاط البحث وليست كلها. الاكتفاء بها لا يعطي صورة البحث المطلوبة.

والله نسأل التوفيق لنا ولكل القائمين على الثروة الوقفية للأمة، وأن يرزقنا وإياهم التقوى ويوفقهم لأداء الأمانة العظيمة لخدمة دينهم وأمتهم.

وقد ختم هذا البحث بمشروع: قرار حسب طلب الأمانة العامة وتوصية إذا رأى مجمعنا الموقر الأخذ بها.

* * *

مشروع قرار

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وآله وصحبه وسلم.

قرار رقم (؟؟)

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره التاسعة عشرة. بإمارة الشارقة في دولة الإمارات العربية المتحدة من . . .

بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع:

«تطبيق نظام عقد البناء والتمليك (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة»:

قرر ما يلي:

أولاً: إن عقد البناء هو عقد استصناع وهو عقد جائز التعامل به في الفقه الإسلامي وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

ثانياً: يشترط في هذا العقد ما يلي:

أ) بيان جنس وصفة المستصنع من البناء وكافة الأوصاف المطلوبة شرعاً.

ب) أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز تأجيل الثمن كله أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة.

رابعاً: يجوز أن يتضمن هذا العقد وعداً من الجهة الوقفية المستصنع لها بشراء المشروع أو المبني من الجهة المصنعة بالثمن

المعروض عند انتهاء مدة الإجارة، وحسب اتفاقهما دفعة واحدة أو مقسطاً.

خامساً: يجوز أن يتضمن العقد شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة.

❋ ❋ ❋

ثبت بعض المراجع الواردة في البحث

١ - شرح القواعد الفقهية، الطبعة الأولى، تصحيح: عبد الستار أبو غدة.

٢ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، تصحيح: عبد الحليم محمد عبد الحليم، القاهرة، دار الكتب.

٣ - كتاب المبسوط، للسرخسي شمس الدين محمد بن أحمد.

٤ - التفسير الكبير، للإمام الرازي.

٥ - تحفة الفقهاء، تحقيق محمد المنتصر الكتاني ووهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق.

٦ - تفسير ابن جرير الطبري.

٧ - روضة الطالبين، للإمام النووي.

٨ - مطبوعات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت: ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.

٩ - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للرافعي.

١٠ - مجلة الأحكام العدلية، الطبعة الأولى، تحقيق: عبد الوهاب أبو سليمان ومحمد إبراهيم علي.

١١ - تفسير القرطبي، القاهرة، دار الشعب.

١٢ - المغني لابن قدامة، الطبعة: الثانية، تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو.

١٣ - أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، الطبعة الأولى، عبد الرزاق الكبيسي.

١٤ - الإنصاف، للمرادي.

١٥ - حاشية ابن عابدين.

١٦ - الهداية على هامش العناية للمذهب الحنفي.

١٧ - بدائع الصنائع، للكاساني، ج٦.

١٨ - مختار الصحاح، مادة صنع.

١٩ - القرآن، سورة البقرة آية: ٢٧٥، سورة النساء آية: ٥.

٢٠ - المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا.

٢١ - أساليب استثمار الأوقاف، د/لنزيه حماد.

٢٢ - الشرح الصغير، للدردير.

٢٣ ـ القوانين الفقهية، لابن جزئي.
٢٤ ـ رسائل ابن نجيم.
٢٥ ـ كتاب الإسعاف، للطرابلسي.
٢٦ ـ التنبيه بالحسنى، للفرقاوي: في منفعة الخلو والسكنى.
٢٧ ـ الوسائل الحديثة للتمويل، للزرقاء.
٢٨ ـ صيغ التمويل، لمحمود مهدي.
٢٩ ـ رعي المصلحة، للشيخ ابن بيّه.
٣٠ ـ مواهب الجليل، للحطاب، جـ ٦.

❊ ❊ ❊

عقد البناء والتشغيل
والإعادة التكييف الفقهي والحكم الشرعي

إعداد
الشيخ مرتضي الترابي
الجمهورية الاسلامية الايرانية

بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد خاتم النبيين وآله الطاهرين وصحبه المنتجبين.

عقد البناء والتشغيل والإعادة؛ التكييف الفقهي والحكم الشرعي:

عقد البناء والتشغيل والإعادة من العقود المستجدة التي أحدثت لحل مشكلة التمويل في تنفيذ مشاريع البنى التحتية في الآونة الأخيرة. ونظراً لأهمية هذا العقد وكثرة استخدامه في العلاقات الاقتصادية المعاصرة ينبغي دراسة مدي موافقته للقواعد والأحكام الشرعية.

تعريف عقد البناء والتشغيل والإعادة، وبيان أهم خصائصه:

عرف هذا العقد بأنه منح الطرف الأول (الحكومة أو أحد مؤسساتها) للطرف الثاني (شركة المشروع) امتياز إنشاء مشروع معين في مدة محددة على أن يقوم الطرف الثاني بالبناء والتشغيل والإدارة في تلك المدة بحيث يسترد تكاليف البناء، ويحقق أرباحاً، وينتقل المشروع بعد نهاية مدة الامتياز إلى الطرف الأول بدون مقابل.

ويسمي هذا العقد بالإنجليزية بعقد (B.O.T) اختصاراً لكلمات إنجليزية ثلاث: (BUILD) وتعني البناء، و(OPERATE) وتعني التشغيل، و(TRANSFER) وتعني الإعادة والنقل ولنسميه بنظام البوت .

لا يخفي أن التعريف المذكور ناظر إلى بيان مفاد الاتفاقية الأصلية في العقد المذكور، ولكنه غير محصور بتلك الاتفاقية لأنه يتضمن عادة عقوداً جانبية متعددة بين شركة المشروع من جهة، والجهات الحكومية

من جهة أخرى ترتبط بمراحل تنفيذ المشروع على أساس التعاقد الأصلي كعقد الانتفاع بالأرض عن طريق استئجار الأرض في مدة بناء المشروع وتشغيله، وكذلك اتفاقية استيراد المواد الأولية كالوقود واتفاقية شراء السلعة أو الخدمة من قبل الدولة، أو تعيين كيفية عرضهما للعموم. وكذلك تقوم الشركة بإجراء عقود جانبية أخرى من الباطن مع المصادر المالية والمصارف للحصول على القروض التي تغطي التمويل اللازم للمشروع، حيث إن رأس مال شركة المشروع تشكل عادة من ١٥٪ إلى ٣٠٪ من إجمالي التمويل اللازم للمشروع وأما المتبقي أي ٨٥٪ إلى ٧٠٪ من إجمالي التمويل فيتم تسديده عن طريق الاقتراض من المؤسسات المالية، وكذلك عقود أخرى مع شركات الإعمار والاستيراد والتشغيل والصيانة. ولكن كل هذه العقود الجانبية تعقد في الإطار الذي رسمته الاتفاقية الأصلية بين الشركة والحكومة وقد تؤخذ هذه العقود كشروط ضمنية في تلك الاتفاقية.

والجدير بالذكر أن شركة المشروع التي تسمي بالمتكفّل أو الضامن (sponsor) غالباً ما تتكون من اتفاقية اتحاد الشركات (Consortium الائتلاف الشركتي)، وتتم بين مجموعة الشركات المتحدة لتنفيذ المشروع.

لمزيد من الإيضاح نذكر مراحل العمل لأسلوب عقد البناء والتشغيل والإعادة:

آلية العمل بأسلوب عقد البناء والتشغيل والإعادة.

إنشاء مشروع عن طريق نظام البناء والتشغيل والإعادة يمر بالمراحل التالية:

أ ـ الدراسة والبحث:

تدرس في هذه المرحلة إمكانية استخدام أسلوب البناء والتشغيل والإعادة في تنفيذ المشروع الذي يراد إنشاؤه الشامل للبحوث الاقتصادية والمالية والفنية على أساس الظروف الاقتصادية والسياسية لإيضاح

المبررات والإلزامات الموجبة لذلك والمنافع الحاصلة من تنفيذه بهذا الأسلوب. وهذه المرحلة يمكن أن تنجز من قبل الأخصاء في المركز الحكومي أو عن طريق المراكز التخصصية ذات الخدمات الاستشارية.

ب: المناقصة (المزايدة) المذاكرة:

ب ـ ١ المناقصة:

إذا أرادت الحكومة إنشاء مشروع من مشاريع البنى التحتية بأسلوب B.O.T، فغالباً ما تعلن في البداية عن مناقصة تحتوي على الإطار التشريعي والتنظيمي للمشروع وفقاً للمعايير التي ترغب في تحقيقها والمتعلقة عادة بالوقت اللازم لتنفيذ المشروع وفترة الامتياز التي ستمنحها للشركة التي ستتعهد بتنفيذه، وتكلفة الخدمة للعموم يتم العمل فيها على ثلاث مراحل:

١ ـ استعداد المركز الحكومي للمناقصة.

٢ ـ استعداد المستثمرين للمناقصة.

٣ ـ انتخاب الفائز في المناقصة.

ب ـ ٢ المذاكرة:

يمنح تنفيذ مشروع للمستثمر عن طريق المذاكرة من دون مناقصة إن كان مسموحاً من الناحية القانونية، فيتم ذلك عن طريق المذاكرة مباشرة مع الطرف الثاني، ويعقد من خلالها اتفاق بين الطرف الحكومي والطرف الآخر لتنفيذ المشروع، وتحديد سعر السلعة أو تكلفة الخدمة. هذه الطريقة توجب التسريع في التنفيذ.

ج ـ التقدم:

وبعد المذاكرة والإعلان عن رغبة الحكومة في إنشاء المشروع عن طريق البناء والتشغيل والإعادة يجتمع غالباً عدد من المستثمرين والقانونيين والمهندسين وأصحاب المقاولات العالمية والمحلية ليكوّنوا اتحاداً أو ائتلافاً مالياً Consortium، يتفقون فيه على نسبة كل منهم في

رأس المال» حقوق الملكية أو أسهم المشروع» والتي تشكل عادة من ١٥٪ إلى ٣٠٪ من التمويل اللازم للمشروع، ويحددون المصادر الخارجية «البنوك ومؤسسات التمويل» التي سيحصلون منها على القروض التي تغطي بقية التمويل، والتي تتراوح نسبتها بين ٧٠٪ إلى ٨٥٪ من مجموع التمويل، ثم يقومون بإعداد دراسة جدواها للتأكد من أن إيراداته خلال فترة الامتياز كافية لتغطية تكاليفه، وتحقيق أرباح مجزية لهم. فإذا اتفقوا على تبني المشروع يتقدمون بعرضهم وعطائهم للحكومة، فإن كان هو العرض والعطاء الأفضل ووافقت الحكومة على إرسائه لهم فعندئذ يقوم الاتحاد المالي لهذه المجموعة بتأسيس شركة خاصة للمشروع تنتهي بانتهاء فترة امتيازه، وتتولى هذه الشركة تجميع مساهمات الأعضاء وطلب القروض اللازمة لتغطية تمويل المشروع، وتصبح هذه الشركة هي المسؤولة عن سداد القروض وفوائدها للجهات المقرضة، دون التعرض إلى الأصول المالية الخاصة بأعضاء الاتحاد المالي وبقية المساهمين(١). كما تتولى هذه الشركة إجراء العقود مع الحكومة لتنفيذ المشروع والتوقيع على الاتفاقيات اللازمة التي توضح الحقوق والالتزامات لكل منهما، وتقوم الشركة أيضاً بإجراء كل العقود الأخرى اللازمة لتنفيذ المشروع كالتعاقد مع شركات المقاولة وموردي الآلات والأجهزة والمواد الأولية وغيرهم.

د ـ الإنشاء:

تتم في هذه المرحلة إقامة المشروع، وتجرى عليه الفحوص اللازمة، وتؤخذ الرخص القانونية للانتفاع ويتهيأ للتشغيل.

---

(١) لا يخفي أن شرط عدم ضمان المقترض للمقرض إلا من أموال خاصة شرط يخالف مقتضي عقد القرض فهو باطل لأن القرض هو تمليك للمال مع اشتغال ذمة المقترض وضمانه بالقرض فشرط عدم ذلك ولو في بعض الصور أو الأحيان مخالف لمقتضاه وباطل نعم يمكن تصحيح ذلك بناءً على القول بثبوت الشخصية المعنوية للشركة وراء شخصية المساهمين والمؤسسين لها الأمثل بناءً على ذلك يكون المقترض هو الشركة دون الأشخاص فتكون المسؤولية للمقرض في إطار أموال الشركة دون أموال المساهمين والمؤسسين.

هـ ـ التشغيل والصيانة:

بعد إقامة المشروع تتولى الشركة عملية التشغيل بنفسها، أو قد تتعاقد مع شركة مشغّلة (Operator) لتتولى عملية التشغيل والصيانة، وتستخدم الواردات الحاصلة خلال فترة التشغيل لتغطية تكاليف التشغيل والصيانة ودفع التزامات التمويل، والوارد المتبقي بعد ذلك هو الإيراد الصافي، أو الربح المتحقق للشركة. ومن حق الحكومة وكذلك الدائنين في هذه المرحلة التأكد من أن عملية التشغيل والصيانة تتم وفقاً للمعايير المتفق عليها سلفاً.

و ـ التحويل والإعادة:

وبعد أن تنتهي فترة الامتياز الممنوحة للمشروع يتم تحويل ملكيته للحكومة، ولا بد في هذه المرحلة من ملاحظة الضمانات المتعلقة بالتعميرات وكون الأجهزة جاهزة، وقد ترى الحكومة أن من المناسب تجديد العقد مع الشركة نفسها لتستمر في التشغيل، أو قد تتعاقد مع طرف آخر من القطاع الخاص، وقد تتولى التشغيل بنفسها.

نكتفي بهذا المقدار من تعريف عقد البناء والتشغيل والإعادة ومراحل إقامة المشروع. وقد ظهر أن استخدام هذا الأسلوب من التعاقد يهدف إلى تأمين المصادر المالية لبناء المنشآت التي يحتاج إليها عامة الناس من البنى التحتية والمرافق والأوقاف العامة. لأن بناء هذه المنشآت يتطلب أموالاً هائلة لا تتمكن الدولة من تغطيتها فيستمد من القطاع الخاص القدرة على تمويلها.

وبما أن عقد البناء والتشغيل والإعادة عقد منح امتياز في مجال المرفق العام فلا بد من البحث في معنى «المرافق العامة» و«حقوق الامتياز» أولاً وموارد جواز التصرف فيهما ثانياً، والبحث عن التخريج الفقهي لعقد «البناء والتشغيل والإعادة» بوصفه تصرفاً اعتبارياً في تلك الموارد ثالثاً.

تعريف المرافق والمرافق العامة:

يستعمل اصطلاح المرافق بدون التوصيف بالعامة في الفقه الإسلامي في موردين:

الأول: ما يرفق الشيء ويختص به من التوابع مع كونه مملوكاً كأصل ذلك الشيء مثل مرافق البيت من المطبخ والمرقي والكنيف وبئر الماء والبستان الداخل ونحوها وفي المصباح: المرافق جمع مرفق بكسر الميم وفتح الفاء لا غير كالمطبخ والكنيف ونحوه على التشبيه باسم الآلة[1] والمرافق بهذا المعنى وردت في كلام الفقهاء عند بحثهم عما يتبع المبيع عند البيع وما لا يتبعه[2].

الثاني: الموضع القريب من موضع معمور يتوقف انتفاع ذلك المعمور عليه ولا يد لغير مالك المعمور عليه ظاهرًا وإن كان غير مملوك في نفسه كالشرب ومسيل الماء والطريق سواء كان للدار أو القرية[3] وبعبارة أخرى ما يرافق الشيء ويختص به من التوابع مع عدم كونه مملوكاً[4] ويسمى بحريم الشيء. ويبحث عنه في باب إحياء الموات في أنه هل يشترط في تملك الموات بالإحياء عدم كونه حريما للموات أو لا.

أما اصطلاح المرافق مع الوصف بالعامة فهو اصطلاح جديد لم يكن معهوداً في الفقه الإسلامي والمراد منه على ما عرفوه هو: «ما يحقق المنفعة العامة عن طريق إشباع حاجة، أو تأمين خدمة عامة مادية، أو معنوية بحماية السلطة العامة المباشرة، أو غير المباشرة».

---

(١) المصباح المنير ص ٢٣٣.

(٢) راجع جواهر الكلام ج ٣٠ ص ٣٠٨، الدر المختار الحصكفي، ج ٥ ص ٣١٥، فتح العزيز عبد الكريم الرافعي ج ٩ ص ٣١.

(٣) راجع جواهر الكلام، ج ٣٨ ـ ص ٣٢ ـ ٣٦.

(٤) ذهبت الشافعية إلى ملكية الحريم لصاحب المعمور وهو قول الخرقي من الحنابلة. راجع روضة الطالبين محيي الدين النووي ج ٤ ص ٣٤٨؛ المغني ج ٥ ص ٥٦٦.

المرافق العامة بهذا التعريف تتضمن الحقلين التاليين:

أ ـ ما يعبر عنه «بالأموال والمنافع العامة» في الفقه الإسلامي.

ب ـ كل الأنظمة الحكومية والخدمات العامة التي تعد من وظائف وشؤون الحكومة.

أ ـ الأموال والمنافع العامة.

أما الأموال والمنافع العامة في الفقه الإسلامي، فتندرج فيها الأنواع الثلاثة التالية:

١ ـ المنافع المشتركة.

وهي الأموال التي لا يأذن الإسلام لفرد خاص بتملكها وإنما يسمح للأفراد جميعاً بالاستفادة منها مع حفظ أصل المال. وهي:

١ ـ الطرق والشوارع.

٢ ـ المياه (الموارد المائية الطبيعية كالأنهار الكبيرة).

٣ ـ المعادن الظاهرة.

٤ ـ الأوقاف العامة.

التي من جملتها:

١ ـ المدارس.

٢ ـ المساجد.

٣ ـ الربط.

٢ ـ الأموال العامة للمسلمين.

وهذه تشمل:

١ ـ الأراضي العامرة المفتوحة عنوة.

٢ ـ الأرض التي صولح عليها مع اشتراط كونها للمسلمين.

٣ ـ الزكاة[١] وموارد وجوبها معلومة.

٣ ـ الأموال التي هي ملك للإمام.

وهذه تتضمن الموردين التاليين:

١ ـ الأنفال.

وتحوي الأنفال في فقه الإمامية الموارد التالية:

أ ـ كل أرض ملكها المسلمون من دون قتال سواء انجلى أهلها أو سلموها طوعاً مع بقائهم.

ب ـ الأراضي الموات بالأصل.

ج ـ كل أرض باد أهلها بزلزال ونحوه.

د ـ رؤوس الجبال وبطون الأودية والآجام.

هـ ـ كل أرض غنمها المسلمون بقتال غير مأذون من قبل الإمام عليه السلام.

و ـ صفايا الملوك وقطائعهم وصفو الغنيمة.

ز ـ ميراث من لا وارث له.

ح ـ المعادن الباطنة في أراضي الأنفال (قبل الإحياء).

٢ ـ الخمس.

وموارد وجوبه في الفقه الإمامية سبعة وهي:

أ ـ الغنائم المأخوذة من أهل الحرب قهراً بالقتال.

ب ـ المعادن (المحياة).

---

(١) الزكاة وإن كانت من الأموال العامة ولكن الأموال الزكوية لعدم إمكان الانتفاع بمنافعها مع بقاء أصولها لا تندرج في المرافق لأن المرافق إنما تصدق على الأموال التي لها بقاء ودوام ويمكن الانتفاع بها مع بقاء أعيانها فلا تشمل الزكاة والخمس وإنما ذكرناهما لأجل الإشارة لأقسام الأموال العامة وأموال الإمام لا لدخولهما في المرافق العامة.

ج ـ الكنز.

د ـ الغوص.

هـ ـ المال الحلال المختلط بالحرام.

و ـ الأرض التي اشتراها الذمي من المسلم.

ز ـ أرباح المكاسب بشرط أن تفضل عن مؤنة سنته ومؤنة عياله.

يجب تخميس المال في هذه الموارد، ويقسم الخمس إلى قسمين متساويين يصرف نصفه لسد حاجات فقراء الذرية الطاهرة الذين تحرم عليهم الزكاة، وهذا القسم من الخمس يدخل في الأموال العامة والنصف الآخر ملك الإمام عليه السلام أي: ملك مقام الإمامة يصرفه في مصالح الدين والأمة الإسلامية. ويستنيب عن الإمام عليه السلام في أخذ هذا القسم من الخمس الذي يسمى بسهم الإمام عليه السلام وصرفه في زمن الغيبة الفقهاء والمجتهدون العدول[1].

ب ـ الأنظمة الحكومية والخدمات العامة:

وتدخل في المرافق العامة بناءً على التعريف الذي قدمناه الأنظمة الحكومية والخدمات العامة. والأنظمة الحكومية تتضمن كل الوزارات والتنظيمات الإدارية والعسكرية التي لا بد منها لحفظ النظام أو تسيير الحياة ـ وأما الخدمات العامة فتشمل حقولاً متنوعة مما يعد القيام به من وظائف الحكومات والبلديات، كتأمين الكهرباء ومياه الشرب الصحية وخدمات البريد، والاتصالات وصالات الرياضة، والخدمات الصحية، ومراكز الإسعاف وإطفاء الحرائق، ومراكز خدمات المسنين، ومؤسسات

(١) الخمس كالزكاة لا تندرج في المرافق العامة لعدم إمكان الانتفاع بمنافعها مع بقاء أصولها والمرافق إنما تصدق على الأموال التي لها بقاء ودوام ويمكن الانتفاع بها مع بقاء أعيانها وإنما ذكرناه لأجل الإشارة لأقسام أموال الإمام لا لدخوله في المرافق العامة.

التأمين، ودفع النفايات وإيجاد الحدائق، وتأسيس مراكز التعليم والجامعات، والاستعدادات العسكرية وغيرها.

وسبب ذكر هذا القسم تحت عنوان مستقل هو عدم دخول بعض الموارد المهمة منه في المنافع المشتركة المذكورة في الفقه، وإن كان يدخل البعض الآخر فيها كالمدارس والجامعات والمستشفيات الموقوفة التي ليست ملكاً لشخص خاص. فهذه الأقسام كلها تدخل في المرافق العامة بالمصطلح الجديد(١).

* * *

---

(١) يمكن تقسيم المرافق العامة أيضاً إلى:

- مرافق عامة إدارية.
- المرافق الاقتصادية.
- مرافق خدمات عامة مواقف السيارات شوارع وميادين.
- المرافق المهنية.
- المرافق الثقافية.
- الأوقاف والتبرعات العامة.
- المرافق الصحية.
- المرافق الرياضية (قاعات المناسبات والمرافق الترفيهية).

التصرفات في المرافق العامة

ولاية الإمام (الحاكم الشرعي) على القسم الأول من المرافق العامة أي الأموال والمنافع المشتركة ـ وهي التي ليس لأحد ملكية عليها، وإنما لكل أحد الانتفاع منها ـ محدودة برفع الموانع والعراقيل عن استفادة عامة الناس منها دون تبعيض[١]، فليس له نقل ملكيتها بإقطاع وغيره لأحد.

نعم وقع الخلاف في أنه هل للإمام إقطاع انتفاع شيء من هذه المنافع أي إعطاء حق الأولوية في الاستفادة منها لبعض الناس أو لا؟ كأن يقطع لشخص قسماً من الطريق إذا لم يضر بالمارة مقابل عوض أو بدون العوض سيأتي له مزيد توضيح إن شاء الله.

وأما في القسم الثاني أي: ما كانت ملكيته للمسلمين فعلى الإمام إقطاعه وتحصيل منافعه ووضعه في بيت المال للصرف في الشؤون العامة.

ـ أما القسم الثالث فيجوز للإمام التصرفات المالية فيها وإن أوجب انتقال الملكية إلى الآخرين. وكذلك الخدمات العامة نعم بعض الأنظمة والخدمات العامة المذكورة في الحقل الثاني من المرافق العامة خارج عن

---

(١) قال العلامة الحلي رحمه الله في بيان القسم العام من الماء الثاني: العام وهو الذي لم يظهر بعمل ولا جرى بحفر نهر وينبع في مواضع لا يختص بأحد ولا صنع للآدميين في أبنانه وأجرائه كماء الفرات وجيحون وجميع أودية العالم والعيون التي في الجبال وغيرها وسيول الأمطار والناس فيها شرع سواء والاصل في استواء الناس في المباحات ما رواه العامة عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: «الناس شركاء في ثلاث الماء والنار والكلأ» ومن طريق الخاصة ما رواه أحمد بن محمد عن محمّد بن سنان عن أبي الحسن (موسي الكاظم) عليه السّلام قال سألته عن ماء الوادي فقال: إن المسلمين شركاء في الماء والنار والكلأ ولا خلاف في ذلك بين علماء الإسلام. تذكرة الفقهاء (ط. القديمة) ص ٤٠٦.

نطاق المعاملة والخصخصة لكونها من شؤون الإمام التي لا يصح ولاية الآخرين عليها أصلاً كالتي ترتبط بالأنظمة الحكومية الأصلية من القضاء والجيش والأمن الداخلي وغير ذلك.

ولمزيد من التوضيح لا بد من توسعة البحث في موردين:

الأول: التصرفات في المنافع المشتركة غير الموقوفة.

المنافع المشتركة غير الموقوفة على قسمين:

الأول: ما هو صالح للانتفاع مع إمكان تملك شيء من آثاره بالحيازة وهو الموارد المائية الطبيعية ـ كالأنهار الكبيرة ـ والمعادن الظاهرة.

الثاني: ما ليس له أثر يملك بالحيازة وإنما قابل للانتفاع وهو الطرق والشوارع ونحو ذلك.

ففي كلا القسمين التصرف فيهما تارة بحيث لا يكون موجباً لتوجه الضرر على عموم الناس ومزاحمتهم في الاستفادة من تلك المنافع وأخرى يكون فيه ضرر ومزاحمة.

التصرف غير الموجب لمزاحمة الناس، فإن لم يكن فيه ضرر ومزاحمة، فالتصرفات الوضعية والتكوينية فيه غير محرمة شرعاً لأن المفروض أن الانتفاع بها وتملك قسم من منافعها بالحيازة مباح لكل أحد ما لم يوجب ضرراً للآخرين. والأظهر ثبوت حق السبق إليه ما لم يوجب ضرراً على الآخرين.

وقد صرح به غير واحد من الفقهاء: قال العلامة في التحرير: المعادن الظاهرة لا تملك بالإحياء ولا يختص بها أحد بإحيائها ولا بالتحويط حولها ولا بالتحجير ولا بإقطاع السلطان، بل هي مباحة كالمياه الجارية، فمن سبق إلى موضع منه لم يزعج قبل قضاء وطره، ولو قام يريد أخذ فوق حاجته فالوجه أنّه لا يمنع، ولو سبق إليه اثنان أقرع بينهما إن لم يمكن الجمع بينهما، ويحتمل تمكينهما ويقسم الحاصل بينهما وكل

من أخذ شيئاً من المعدن ملكه ويجب عليه الخمس فيه[1].

وقال في التذكرة: المياه المحرزة في الآنية وشبهها من حوض ومصنع وأشباه ذلك، وهذا مختص بمالكه ليس لأحد التصرّف فيه إلا بإذن مالكه فيصح بيعه والتصرّف فيه بجميع أنواع التصرّفات كغيره من المملوكات وهذا خاص، الثاني: العام وهو الذي لم يظهر بعمل ولا جرى بحفر نهر وينبع في مواضع لا تختص بأحد ولا صنع للآدميين في أبنانه وإجرائه كماء الفرات وجيحون وجميع أودية العالم، والعيون التي في الجبال وغيرها وسيول الأمطار والناس فيها شرع سواء ... إلى قوله المياه العامة مباحة للناس كافة كل من أخذ منها شيئاً وأحرزه في إناء أو بركة أو مصنع أو بئر عميقة وشبهه ملكه فإن حضر اثنان فصاعداً أخذ كل واحد منه ما شاء فإن قل الماء أو كان الشرع ضيقاً لا يمكن تعدد الواردين عليه كان السابق أولى بالتقديم فإن جاء معاً أقرع بينهما لعدم الأولوية، ولا فرق في ذلك بين المسلمين وغيرهم[2].

وقال الشيخ زين الدين الشهيد الثاني: ومنها (من المشتركات بين الناس) المياه المباحة كمياه العيون في المباح والآبار المباحة والغيوث، والأنهار الكبار كالفرات، ودجلة، والنيل، والصغار التي لم يجرها مجر بنية التملك فإن الناس فيها شرع فمن سبق إلى اغتراف شيء منها فهو أولى به، ويملكه مع نية التملك[3].

قال الشيخ محمد بن الحسن النجفي صاحب الجواهر حول الانتفاع من المعادن الظاهرة: فكل من سبق إليها فله أخذ حاجته بلا خلاف ولا إشكال بل ولو تسابق اثنان مثلاً فالسابق أولى بلا خلاف ولا إشكال، لعموم «من سبق إلى ما لا يسبق إليه مسلم فهو أحق به» ولغيره مما تقتضيه من حرمة الظلم ونحوه بعد أن كان الشيء مشتركاً بين الجميع وسبق إليه أحدهم، فيأخذ حينئذ بغيته وإن زاد على ما يعتاد

---

(١) تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ج٢، ص: ١٣٢.

(٢) تذكرة الفقهاء (ط ـ القديمة)، ص: ٤٠٦.

(٣) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (ط ـ الحديثة)، ج٧، ص: ١٨٥.

لمثله، وفاقاً للفاضل والشهيدين والكركي ومحكي المبسوط وغيرهم خلافاً للمحكي عن بعض، فلا يجوز له إلا ما يعتاد لمثله، ولا ريب في ضعفه، لإطلاق الأحقية[1].

ولا يعارض هذا الحكم قوله صلى الله عليه وآله: «االناس شركاء في ثلاث الماء والنار والكلأ»[2]، وقول الإمام موسي الكاظم عليه السلام: أن المسلمين شركاء في الماء والنار والكلأ[3] لأن المفروض بقاء الشراكة وعدم الأضرار: بالناس وفقاً لهذا النحو من الانتفاع.

فعلى هذا إذا فرضنا أن تصرف الحكومة فيها مباشرة أو غير مباشرة لأي وجب توجه أي ضرر على الناس ومزاحمة لهم فهذا لا دليل على حرمته، كما إذا فرضنا أن هناك مصادر مائية طبيعية واسعة كالأنهار الكبيرة فإن قيام الدولة بالتصرف في قسم منها بإحداث السد عليها وتنقية ماءها وجعله في الأنابيب وإيصاله إلى أبواب الناس وأخذ بعض الحقوق عليه غير موجب لمنع الناس من الوصول إلى تلك المصادر أصلاً كما كان في السابق. وكما لو قامت الحكومة بإحداث طريق واسع جديد في أرض موات وأخذ من المستفيدين منه بعض الضرائب مع عدم التصرف في الطريق القديم مع صرف الأموال المأخوذة أيضاً في المصالح العامة. بل يمكن القول: إن مثل هذا الطريق يتبع قصد المنشئ من حيث كونه مسبلاً أو غير مسبل.

❋ ❋ ❋

(١) جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج٣٨، ص: ١٠٤.

(٢) سنن ابن ماجة ج ٢ ص ٨٢٦ ط دار الفكر ـ بيروت؛ سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٧٨.

(٣) تهذيب الأحكام ج ٧ ص ١٤٦ط دار الكتب الإسلامية طهران.

التصرف الموجب لمزاحمة الناس

أما إذا أوجب التصرف مزاحمة الناس بحيث لم يمكن الاستفادة من تلك المرافق إلا بطريقة خاصة كما لو اضطر الناس إلى دفع مبلغ للاستفادة من تلك الموارد ـ كما إذا قامت الحكومة أو الشركة المأذونة من قبلها بإحداث طريق واسع بإحداث الأساليب على الطريق القديم وعرضها على الناس مقابل أخذ أجرة للاستفادة منها ـ فهنا قد يقال: إنه لا يجوز التصرف الاعتباري أو التكويني الموجب لوقوع الناس في ضيق. لأن كل فرد من الناس إنما يملك الانتفاع منها لا العين ولا المنفعة نعم يثبت للسابق حق الأولوية في الانتفاع فقط.

قال المحقق البحراني: إن الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب في أن الأراضي المحبوسة على المنافع العامة كالشوارع والمشارع والطرق والمقابر والأسواق ونحوها، لا يجوز التصرف فيها على وجه يمنع الانتفاع بها في ما هي معدة له[1].

ولكن يمكن القول بجواز هذا النوع من التصرف أيضاً إذا كان بصالح أكثرية الناس ويمكن الاستناد فيه إلى الوجوه التالية:

١ ـ أن مقتضي مناسبة الحكم (كون الناس شرع سواء) والموضوع (المنافع العامة) هو أن مساوات الناس فيها لا يتنافى مع إثبات حق لمن يقوم بإصلاحها بإذن الولي الحاكم لأن يأخذ أجرة الإصلاح من المنتفعين إذا لم يقدر الحكومة نفسها من تغطيتها وإنما الممنوع هو

(١) الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ج٧، ص: ٢٢٨ وقال المحقق النائني: الأوقاف العامة مثل القناطر والطرق والوقف في هذا القسم يكون كالمباحات بالأصل ولذا يصح الانتفاع به من كل أحد وكل من ينتفع به لا يكون مالكا له أصلا لا بالنسبة إلى العين ولا بالقياس إلى المنفعة بل إنما يملك الانتفاع به المكاسب والبيع (للميرزا النائيني)، ج٢، ص: ٣٨٦.

استغلالها من قبل الأشخاص للمنافع الشخصية. فتجوز التصرفات كذلك مع توفر شرطين فيه، الأول كونها بنظر الحاكم الشرعي، الثاني كونها بصلاح عامة الناس المنتفعين منها، وأدلة المنع إن كان فيها إطلاق فهي منصرفة إلى تملك هذه المشتركات من قبل الأشخاص واستغلالها للمصالح الشخصية.

٢ ـ أن المنع من التصرف فيها إن ثبت فهي من قبيل الأحكام الحكومية لا الأحكام الشرعية الثابتة.

٣ ـ أن المقام من باب التزاحم بين رعاية هذا الحكم أي عدم التصرف في هذه المنافع وبين رعاية الأحكام الأخرى من حفظ النظام العام، وحفظ النسل من الهلاك وغيرها فيؤخذ بالأقوى ملاكاً هو الحكم بوجوب حفظ النظام ونحوه، نعم بناءً على هذا الدليل يقتصر جواز التصرف بموارد يتوقف حفظ النظام عليها أما في موارد ليس هناك تزاحم فلا يجوز التصرف حينئذ.

ولا يخفى أن الجواز هنا لا يدور مدار جواز الإقطاع في المنافع المشتركة أي إقطاع الإرفاق وعدم جوازها، وذلك لأن المقصود الأولي في الإقطاع هو رعاية منفعة المقطع لا عموم الناس، وهذا بخلاف المقام فإن المقصود فيه أولاً وبالذات هو مصلحة عموم الناس وإن استلزم ذلك رعاية منفعة القائمين بالعمل والإصلاح في المنفعة المشتركة أيضاً. نعم من ذهب إلى جواز الإقطاع في المنافع المشتركة فيما لا يوجب ذلك ضرراً على الناس لا بد له من القول بجواز منح امتياز هذه المنافع لأجل إصلاحها في ما لا يوجب ضرراً وتكلفة على الناس بطريق أولى كما هو واضح[١].

---

(١) المشهور بين فقهائنا أنه لا يجوز للإمام إقطاع المرافق في الطرق والأسواق والمساجد لأحد بخصوصه، بأن يعطيه موضعاً يجلس فيه من الطريق الواسعة ورحاب الجوامع ومقاعد الأسواق. ولأن ذلك معدّ لمرافق المسلمين على العموم، ولا مدخل للملك فيه، فلا معنى لإقطاعه كالمعادن الظاهرة، بخلاف الموات. قال العاملي: أما أنه ليس له إقطاع ذلك فقد صرح به في الخلاف والمبسوط =

وبعبارة أخرى المنع من الإقطاع لا يكون دليلاً على عدم جواز منح امتياز هذه المنافع لأجل إصلاحها، لاستفادة عموم الناس، لأن الذي وقع مورداً للخلاف في جواز الإقطاع أو عدمه في المنافع المشتركة إنما هو فيما إذا لم يكن الإقدام بذلك لأجل المصالح العامة أولاً وبالذات بل لمجرد مصلحة شخص المقطع والمفروض في المقام هو كون الإقدام لأجل مصلحة تعود لعامة المنتفعين منها بل قد يتوقف الانتفاع منها طبقاً للظروف الزمنية على إيجاد تغييرات في تلك المنفعة العامة مما يجعلها قابلة للانتفاع مع عدم الضرر عليهم فلا أظن أحداً من الفقهاء يقول بحرمة التصرف حينئذ لأن دليل عدم جواز التصرف فيها كقوله: «الناس شركاء في ثلاث» وأمثالها منصرف عن مثل هذه التصرفات كما بيناه.

= والمهذب والغنية والسرائر والشرائع والتحرير والدروس والمسالك وفي (الأخير والكفاية) أنه المشهور لكنه إنما نسب الخلاف في الأخير إلى بعض العامة فلا يناسبه نسبته إلى المشهور لأن ذلك لا يجوز تملكه فلا يجوز تحجيره ولا ما هو في معنى التحجير وقال في (التذكرة) في خاتمة شروطه شروط الإحياء أن للسلطان أن يقطع الجلوس في المواضع المتسعة في الشوارع وفائدة ذلك الارتفاق بحيث إذا قام لم يكن لغيره الجلوس فيه وفي (جامع المقاصد) أنه لا ريب أن جواز ذلك محتمل وإن لم ينقل مثله ومما ذكر يعلم أنه ليس لأحد تحجيره وإحياؤه وبه صرح في الشرائع والتحرير. مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة (ط ـ القديمة)، ج٧، ص: ٣٦؛ قال المحقق كاشف الغطاء رحمه الله: «وأما أن يكون (حق المرور وحق الشرب وحق المسيل) في أرض غير مملوكة كالطرق والشوارع العامة أو مرفوعة فلا بيع ولا معاملة عليها مطلقاً، بل هي بالحكم أشبه منها بالحق، فلا تقبل النقل والانتقال، كما لا تقبل الإسقاط بحال من الأحوال، وبالجملة فإن الإنسان في الشوارع وأمثالها من المحلات العامة لا يملك المنفعة بل الانتفاع، كما أن الناس في الماء والنار والهواء شرع سواء، نعم في الطرق المرفوعة يمكن لأحد الشركاء مصالحة حقه لشريكه أو اتفاقهم جميعاً على مصالحته ونقله لأجنبي على إشكال أيضاً، وتحقيق هذا موكول إلى محله. تحرير المجلة ج ١ قسم ١ ص ١٨١. راجع مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج١٢، ص: ٤٣٣ تذكرة الفقهاء (ط ـ القديمة)، ص: ٤١١.

الثاني: التصرف في المنافع المشتركة الموقوفة:

الأوقاف على قسمين:

أ ـ الأوقاف العامة: كالمساجد والمشاعر وأماكن العبادة، والأوقاف التي وقفت لعامة الناس أو عامة المسلمين، أو عنوان قابل للانطباق على الكثيرين كالعلماء والحجاج وغيرهم من الأصناف؛ وهو على قسمين أيضاً:

١ ـ ما وقف للاستفادة من نتيجة منافعه لصالح العموم أو صنف خاص منهم كحديقة أوقفوها لتباع ثمارها ويصرف عائدها في إعانة المحتاجين والفقراء.

٢ ـ ما وقف للانتفاع من نفسها كالمساجد والمدارس والقناطر والربط وغيرها.

لا شك أن القسم الأول من الوقف العام يجوز التصرفات الوضعية غير الناقلة فيها من قبل ناظرها إذا كان له ناظر خاص أو الإمام إذا لم يكن له ناظر خاص ويصرف عائداتها في طريق الوقف. لأن المفروض أنها موقوفة لأجل ذلك.

أما القسم الثاني فلا يجوز أي تصرف وضعي فيه سواء الناقلة وغير الناقلة، فهي غير قابلة للتملك عيناً أو منفعة بأي نحو من الأنحاء. نعم يثبت للسابق إليه حق السبق في الانتفاع فقط.

قال العلامة الحلي: منفعة المساجد الكون للعبادة ويجوز الجلوس فيها لغيرها فمن سبق إلى مكان من مسجد فهو أحقّ به مدة جلوسه فإن قام بطل اختصاصه ولو عاد كان كغيره ولو قام بنية العود فإن كان رحله باقياً فيه فهو أولى وإلاّ فلا، سواء قام لتجديد طهارة أو إزالة نجاسة أو غيرهما ولو سبق اثنان إلى موضع فإن أمكن الاجتماع وإلاّ أقرع، ولو جلس في موضع منه ليقرأ عليه القرآن أو العلم وتألّفه أصحابه فهو كمقاعد الأسواق[١].

(١) تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ج٢، ص: ١٣٥.

وقال السيد أبو الحسن الأصفهاني: ومن المشتركات: المسجد، وهو المكان المعدّ لتعبّد المتعبّدين وصلاة المصلّين، وهو من مرافق المسلمين يشترك فيه عامّتهم، وهم شرع سواء في الانتفاع به إلاّ بما لا يناسبه ونهى الشرع عنه، كمكث الجنب فيه ونحوه، فمن سبق إلى مكان منه لصلاة أو عبادة أو قراءة قرآن أو دعاء بل وتدريس أو وعظ أو إفتاء وغيرها، كان أحقّ به وليس لأحد إزعاجه؛ سواء توافق السابق مع المسبوق في الغرض أو تخالفا فيه، فليس لأحد بأيّ غرض كان مزاحمة من سبق إلى مكان منه بأيّ غرض كان. نعم لا يبعد تقدّم الصلاة جماعة أو فرادى على غيرها من الأغراض[١].

نعم قد استثني من حرمة التصرف التكويني والوضعي في كلا القسمين موارد:

منها: ما إذا كانت الاستفادة الأحسن منها بحاجة إلى التصرف التكويني فيها كمسجد صغير لا يسع الناس فإنه يجوز توسعته، وإن أوجب تخريب البناء الوقفي وإعادة بنائه، ولكن يشترط فيه أن يكون ذلك بإذن المتولي (الناظر) أو الإمام والاطمئنان من إمكان إعادة بنائه بشكل أحسن من السابق، وبعد إجراء الإصلاحات اللازمة، ولا بد من عرضه للاستفادة بدون عوض للعموم ويشترط فيه أيضاً الاستفادة من أجزاء البناية السابقة كالأحجار وغيرها في تشييد البناء الجديد إن أمكن ذلك.

منها: ما إذا كانت المنفعة المقصودة من الوقف قد انعدمت لأجل تخريب البناء، أو صارت قليلة بحيث تلحق بالمعدوم كما إذا كان هناك قنطرة أو مدرسة قديمة أوشكت على الخراب فإنه حينئذ إذا أمكن إحداث البناء من جديد يجوز ذلك حتى لو توقف تجديد البناء على إجارة قسم من أرضه لمدة أو بيع مقدار منه.

ب: الأوقاف الخاصة: وهي ما يكون الموقوف عليهم فيها

---

(١) وسيلة النجاة (مع حواشي الإمام)، ص: ٦٧٢.

أشخاصاً معينين كالوقف على الذرية والأولاد، وهذا القسم إن لم يعين في الوقف طريق خاص لانتفاع الموقوف عليهم منها فلا إشكال في جواز التصرف غير الناقل فيه لمصلحة الموقوف عليهم من الإيجار وبيع ثماره ونحوه من التصرفات. وإنما تمنع هذه التصرفات إذا كانت بضرر الموقوف عليهم سواء الموجودون منهم، أو غير الموجودين كالجيل الآتي في الوقف على الذرية.

* * *

حقوق الامتياز المتعلقة بالمرافق والتصرفات فيها

وهنا مباحث:

١ ـ تعريف الحق وبيان أقسامه:

وقع الخلاف بين الفقهاء في ماهية الحق والمشهور تعريفه بأنه سلطنة ضعيفة اعتبارية على الغير[١] قابلة للإسقاط[٢]. فيفترق عن «الحكم» في كون الحق سلطنة قابلة للإسقاط والحكم اعتبار شرعي ولا يوجب سلطنة للمكلف وليس قابلاً للإسقاط بوجه ويمتاز عن «الملك» مع كونهما معا سلطنة أن الحق سلطنة ضعيفة دون الملك، وبعبارة أخري إن الحق سلطنة في جهة خاصة والملك سلطنة من جميع الجهات، ذهب بعض الفقهاء إلى كون الحق من أقسام الحكم والفرق إنما هو في كون الحق قابلاً للإسقاط دون سائر الأحكام والمشهور هو ما ذكرناه.

---

(١) والغير قد يكون شخصاً كحق القصاص وقد يكون مالاً كحق الرهن.

(٢) راجع بلغة الفقيه محمد تقي بحر العلوم ج ١ ص ٣٦ وعرفه مصطفى أحمد الزرقا بقوله: «هو اختصاص يقر به الشرع سلطة أو تكليفاً. ثم ذكر أن قيد الاختصاص لاخراج ما لا اختصاص فيها لشخص معين أو فئة. إذ لا معنى للحق إلا عندما يتصور فيه ميزة ممنوحة لصاحبه وممنوعة عن غيره. فتخرج ما هو من قبيل الإباحات العامة ثم قال: إن السلطة (المأخوذ قيداً في التعريف) نوعان سلطة على شخص وسلطة على شيء معين، فالسلطة على الشخص كحق الولاية على النفس والسلطة على شيء معين كحق الملكية. أقول: أدراج قيد الاختصاص في تعريف الحق لا بأس به. وعدم تعرض فقهائنا لهذا القيد لعله من باب استلزام ما ذكروه من قيد القابلية للاسقاط للاختصاص أيضاً. إلا فالأحسن الإتيان به في التعريف راجع المدخل الفقهي ج ٣ ص ١٠. ولكن يرد على تعريفه انه يشمل مثل الملكية مع عدم كونها من الحقوق بل هي اعتبار خاص في مقابله. وكذلك يشمل ما لا يكون قابلاً للإسقاط مثل حق الولاية مع أن القابلية للإسقاط من مقومات الحق وأما مثل حق الولاية فليس بحق اصطلاحاً بل هو من الأحكام.

أقسام الحقوق:

منها: ما هو قابل للإسقاط فقط دون النقل: كحق القذف.

ومنها: ما يكون قابلاً للإسقاط والانتقال القهري إلى الغير، ولا يكون قابلاً للنقل الاختياري كحق الشفعة وحق الخيار.

ومنها: ما يقبل الإسقاط والانتقال والنقل إلى الغير كحق التحجير.

وعلى أي حال قوام الحق هو بجواز الإسقاط فما لا يكون قابلاً للإسقاط لا يكون حقاً[1].

---

(١) واستدل النائيني لإثبات ذلك بعدم تحقق السلطنة لذي الحق حينئذ (أي فيما لا يكون قابلاً للإسقاط) بل هو حكم مفروض عليه فإن السلطنة تعني كون زمام أمر شيء بيده. وهذا الاستدلال تام على مسلكه من كون الحق سلطنة كما مر. وأما إطلاق الحق على ما لا يقبل الإسقاط كحق الأبوة، وحق الولاية للحاكم، وحق الاستمتاع بالزوجة، وحق السبق في الرماية قبل تمام النضال، وحق الوصاية، مثل: إطلاق الحق على سائر الأحكام كحق المؤمن على المؤمن، وحق الجار على الجار أي إنها أحكام وليس بحقوق حقيقة. وعلي هذا الأساس قد أشكل النائيني على صاحب العروة قدس سره بقوله: فما أفاده السيد قدس سره في حاشيته على المتن ـ من تقسيم الحقوق أولاً إلى ما يقبل الإسقاط وما لا يقبل، وجعل من الثاني حق الأبوة، وحق الولاية للحاكم، وحق الاستمتاع بالزوجة، وحق السبق في الرماية قبل تمام النضال، وحق الوصاية ـ لا وجه له، فإن كون الشيء حقاً وغير قابل للإسقاط لا يعقل، وإطلاق الحق على ما ذكره من الأمثلة مثل: إطلاق الحق على سائر الأحكام كحق المؤمن على المؤمن، وحق الجار على الجار فإن الأبوة والولاية ونحوهما من الأمثلة ليس لعلاقة حاصلة للأب والحاكم، والعجب أنه قدس سره في صدر المسألة يعرف الحق: بأنه نوع من السلطنة، ومرتبة ضعيفة من الملك، بل نوع منه، وصاحبه مالك لشيء يكون أمره إليه! ومع هذا يقسم الحقوق إلى ما يقبل الإسقاط وما لا يقبل، فإنه لو لم يقبل الإسقاط فكيف يكون له السلطنة؟ وكيف يكون زمام أمره بيده؟. يراجع: منية الطالب ج ١ ص ١٠٧ ـ ١١١ هذا كله بناءً على كون الحق سلطنة اعتبارية وأما بناءً على كونه حكماً أو اعتباراً آخر فيمكن توجيه تقوم الحق الإسقاط بأنه مقتضي الاصطلاح.

تمييز الحق عن الحكم

عرف الحكم بأنه: «خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين»[1].
ويمتاز عن الحق في عدم كونه قابلاً للإسقاط أو النقل هذا وقد يحصل اشتباه بين بعض الأحكام التكليفية والوضعية مع الحق. والضابط في تمييز الحق عن الحكم هو الرجوع إلى لسان الدليل المثبت للاعتبار الشرعي فإن دلت على جعل سلطة للإنسان قابلة للإسقاط فهو حق وإلا فهو حكم.

وإن لم يمكن التمييز بذلك وشك في شيء أنه حق أو حكم فالمرجع حينئذ هو الأصول العملية، ومقتضى الأصل هو عدم سقوطه، لاستصحاب بقائه وعدم سقوطه[2] ويترتب على ذلك عدم كونه حقاً وعلي هذا فإن شك في كون شيء حقاً أو حكماً يحكم بعدم جواز إسقاطه ونقله. نعم لا يثبت مع ذلك كونه حكماً حتى يترتب عليه الآثار الخاصة لعنوان الحكم.

وأما لو علم كونه حقاً ولم يعلم كونه قابلاً للإسقاط أو النقل ـ بعد كونه بطبعه مقتضياً لهما ـ للشك في وجود المانع، فمقتضى العمومات حينئذ هو صحة التصرفات فيه.

قال السيد الطباطبائي رحمه الله: لا يخفى أن طبع الحق يقتضي جواز إسقاطه ونقله، لأن المفروض كون صاحبه مالكاً للأمر ومسلطاً عليه فالمنع إما تعبدي أو من جهة قصور في كيفيته بحسب الجعل، والأول واضح، والثاني كأن يكون الحق متقوّماً بشخص خاص أو عنوان خاص كحق التولية في الوقف وحق الوصاية ونحوهما فإن الواقف أو الموصي جعل الشخص الخاص من حيث إنه خاص مورد الحق فلا يتعدى عنه، وكولاية الحاكم فإنها مختصة بعنوان خاص لا يمكن التعدي عنه إلى عنوان آخر، وكحق الشفعة بالنسبة إلى غير الشريك وهكذا فإن

---

(١) الأصول العامة للفقه المقارن السيد محمد تقي الحكيم ص ٥٥ نقلاً عن الآمدي في الأحكام ج ١ ص ٤٩.

(٢) يراجع حاشية المكاسب (ط.ق) ـ السيد اليزدي ـ ج ١ ـ ص ٥٥ ـ ٥٧.

شك في كون شيء حقاً أو حكماً فلا يجوز إسقاطه ولا نقله، وإن علم كونه حقاً وعلم المنع التعبدي أو كون الشخص أو العنوان مقوماً فلا إشكال أيضاً، وإن شك في المنع فمقتضى العمومات صحة التصرفات فيه، وكذا إن شك في كون الشخص أو النوع مقوما بحسب الجعل الشرعي بعد إحراز القابلية بحسب العرف بحيث يكون الشخص موردا عندهم لا مقوماً فإن مقتضى العمومات من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ قوله صلى الله عليه وآله: الصلح جائز، والمؤمنون عند شروطهم بل فحوى قوله صلى الله عليه وآله: الناس مسلطون على أموالهم ونحو ذلك، صحة التصرفات فيه بعد فرض صدق عناوينها، نعم مع الشك في إحراز القابلية العرفية بحيث يرجع إلى الشك في صدقها لا يمكن التمسك بها[1].

***

الحق مال أم لا؟

وقع البحث في القسم الثالث من الحقوق أي: ما يكون قابلاً للإسقاط والانتقال والنقل بأنه هل هو مال كي يصح المعاوضات المتقومة بالمال عليها أم لا؟ والظاهر هو صدق تعريف المال عليه، لأن المال هو ما له منفعة عقلائية مع الندرة النسبية فتندرج الحقوق في الأموال كما صرح به الفقهاء في بعض الحقوق[2].

---

(١) المصدر نفسه

(٢) قال السيد الخوئي: المال ما يرغب فيه العقلاء ويبذلون بإزائه شيئاً ومن البين أن حق التحجير مورد لرغبة العقلاء وتنافسهم فيكون مالاً بالحمل الشائع وإذن لا محذور في جواز المعاوضة عليه من هذه الناحية يراجع: مصباح الفقاهة ج ٢ ص ٤٢. وقال الإمام الخميني في الاستدلال على صحة جعله ثمنا بقوله: لأن بعض الحقوق أموال تبذل بإزائها الأثمان، ولا يعتبر في المالية إلا ذلك. راجع كتاب البيع ـ الإمام الخميني ـ ج ١ ـ ص ٥٤ ـ ٥٥ ولكن ذهب البعض إلى عدم كونها أموالاً واستدلوا في ذلك بأن حالها حال الملك وكما أن الملك لم يكن يعتبر مالاً إنما كان يتعلق بالمال كذلك الحق لا يعتبر مالاً وإنما يتعلق بالمال ولذلك =

إنما الكلام في جريان بعض العقود كالبيع والإجارة فيها، بعد الاتفاق بين فقهائنا على جواز نقلها بعقد الصلح.

جواز المصالحة على الحقوق:

اتفقت كلمات الأصحاب على جواز نقل الحقوق المالية بعقد الصلح، قال المحقق الحلي ـ رحمه الله ـ: «يصح الصلح على عين بعين أو منفعة، وعلى منفعة بعين أو منفعة»(١). وذيله صاحب الجواهر ـ رحمه الله ـ بقوله: للعمومات المقتضية لذلك، ولغيره من الصلح عن الحق إسقاطا أو نقلاً كحق الخيار، وحق التحجير، وحق الشفعة بحق مثله، أو عين أو منفعة أو غير ذلك من صور الاختلاط(٢).

وينبغي التنبيه إلى أن الصلح عندنا التسالم، ولا يشترط فيه سبق نزاع بين المصطلحين، فهو عقد مستقل وليس فرعاً لعقد آخر، فلسعة دائرته وعدم تقيده بالشروط الخاصة، يمكن أن يفيد فائدة البيع والإجارة ونحوها من العقود وبعبارة أخرى: حقيقة الصلح عبارة عن التراضي والتسالم والموافقة على أمر، سواء كان ذلك الأمر مالاً من الأموال أم لا، وسواء كان ذلك المال عروضاً أم كان من النقود على أقسامها، أو كان ذلك الأمر الذي اتفقا فيه وتسالما وتراضيا عليه من الحقوق، وسواء كان مسبوقاً بالخصومة أو ملحوقاً بها، أو كان متوقعا حصولها، ففي جميع هذه الموارد المذكورة يصدق إطلاق «الصلح» عليها إطلاقاً حقيقياً، لا مجازياً أي: لا دخل لهذه الأمور في تحقق الصلح وإطلاقه. والدليل على ذلك هو الحديث المروي عن النبي صلى الله عليه وآله:

= اشترطوا في المالية كونه قابلاً لتعلق الملكية به. أقول: الملك بمعنى المفعولي يجتمع مع المال في كثير من الموارد لذا قالوا: إن النسبة بين الملك والمال عموم من وجه فما ذكر من عدم صحة اعتبار الملك مالاً غير تام. وكذلك الحال بالنسبة إلى الحق الأمثل بمعني الاسم المصدري والمفعولي قابل للاعتبار مالاً. راجع فقه العقود، ج ١ ص ١٤١.

(١) شرائع الإسلام ج ٢ ص ٣٦٨.

(٢) جواهر الكلام ـ الشيخ الجواهري ج ٢٦ ص ٢٣٠.

«الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»[1]، والأدلة الأخرى المذكورة في محلها[2].

قابلية الحقوق للبيع:

اختلفت كلمات الفقهاء في قابلية الحقوق للبيع والمعروف هو عدم صحة جعلها معوضاً في البيع[3]. أما جعلها عوضاً فذهب بعض المحققين إلى عدم صحته أيضاً. ولكن الأظهر هو جواز بيع الحقوق بجعلها عوضاً أو معوضاً في البيع كما عليه بعض المحققين من فقهائنا المعاصرين[4].

التصرفات المالية في الحقوق المتعلقة بالمرافق العامة:

لا شبهة في أنه تجوز المعاوضة في الجملة على الحقوق المتعلقة بالمرافق بأنواعها فيما تجوز المعاوضة في نفس المرافق لا بالعكس، بمعنى أنه قد لا تجوز المعاوضة على نفس المرفق لكونه من الأوقاف أو ملكاً للمسلمين، ولكن مع ذلك يقال: بجواز نقل حق متعلق بقسم منه لشخص مع بقاء ملكية الأصل على ما هي عليه من الوقف كما في إقطاع الإرفاق في المنافع المشتركة على القول به. نعم يشترط في صحة

---

(١) الفقيه، كتاب القضايا والأحكام، ب ١٦ ح ١.

(٢) يراجع القواعد الفقهية ـ السيد البجنوردي ج ٥ ص ١٠.

(٣) وقد ادعي بعض المحققين الاتفاق عليه حيث قال: لا إشكال ولا خلاف في اعتبار كون المبيع عيناً فلا يعم المنافع، إلى قوله: ثم إن المراد من العين في المقام ليس خصوص العين الخارجية المملوكة فعلاً بل المراد منها ما يقابل المنفعة والحق... يراجع منية الطالب ج ١ ص ١٠١ ـ ١٠٢ ذهب الحنفية إلى عدم جواز بيع الحقوق لأجل عدم كونها أموالاً عندهم وجوزوا بيعها تبعاً للأرض يراجع حاشية رد المختار، ابن عابدين، ج ٥ ص ١٦٩ و١٩٩؛ البحر الرائق ابن نجيم المصري، ج ٦ ص ١٣٤، المجلة مادة: ٢١٦.

(٤) يراجع تحرير المجلة، محمد الحسين كاشف الغطاء، ج ٣، ص ٤٠٨. كتاب البيع، الإمام الخميني، ج ١ ص ٥٤ ـ ٥٥ وقد تعرضنا لذلك في مقالنا المقدم للدورة السابقة من المجمع الفقهي. تحت عنوان حقوق الارتفاق.

المعاوضات المالية في الحقوق كون الحق من الحقوق التي يجوز نقله في حد نفسه. فما كان حكماً أو حقاً غير قابلٍ للنقل والانتقال لا يجوز المعاوضة عليها.

وتلخص من جميع ما ذكرنا أن التصرفات المالية الاعتبارية جائزة للإمام في المرافق العامة في إطار ولايته في الجملة. نعم لا يحق له نقل الملكية الدائمة للمرافق العامة التي هي من المنافع المشتركة أو ما هو ملك للمسلمين إلى الآخرين ببيع أو هبة أو شبههما، وكذلك لا يجوز إعطاء زمام بعض الأمور الإدارية المختصة ولايتها بالإمام كالقضاء ونحوه إلى الآخرين على نحو لا يبقى له ولاية عليها، سواء كان ذلك بعوض أم بغير عوض. وأما ما كان ملكاً للإمام أي: مقام الإمامة فيجوز له فيه أنواع التصرفات، وكذلك يجوز له التصرف غير الناقل في ما هو ملك للمسلمين باستثماره مباشرة، أو بنحو الإيجار ونحوه وصرف عائداته في المصالح العامة للمسلمين.

بعد اتضاح حكم أصل التصرفات والمعاوضات على المرافق العامة تصل النوبة إلى البحث عن استخدام أسلوب البناء والتشغيل والإعادة في المرافق العامة.

استخدام أسلوب عقد البناء والتشغيل والإعادة في المرافق العامة والأوقاف:

لا شك أن عقد البناء والتشغيل والإعادة تصرف وضعي اعتباري تتعقبه التصرفات التكوينية في موضوع العقد، فيختص جواز استعماله بناءً على صحته في حد نفسه بالمرافق العامة التي يجوز التصرف فيها، وقد ذكرنا أنه يجوز للحاكم الإسلامي التصرف في القسم الثاني والثالث من النوع الأول وبعض أنواع النوع الثاني من أقسام المرافق العامة في تقسيمنا أي: ما هو ملك للمسلمين، وما هو ملك للإمام والأنظمة الحكومية والخدمات العامة.

التخريج الفقهي لعقد البناء والتشغيل والإعادة:

بعد ما تعرضنا لموارد جواز التصرف الوضعي في المرافق العامة والأوقاف لا بد من البحث في صحة عقد البناء والتشغيل والإعادة في حد نفسه من دون النظر إلى متعلقه في ضوء الأدلة العامة الواردة في مطلق العقود والأدلة الخاصة الواردة في نظائره إن وجدت، والبحث عن تكييفه هل هو من العقود المسماة أو لا؟

أما البحث من الناحية الأولى (صحة أو بطلان عقد البناء والتشغيل والإعادة).

الظاهر أن عقد البناء والتشغيل والإعادة في حد ذاته وطبيعته من دون النظر إلى الملابسات محكوم بالصحة شرعاً وذلك أولاً: لشمول أدلة العقود العامة من قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾. وقوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم». ومعنى وجوب الوفاء هو ترتيب آثار الصحة واللزوم على العقد.

وثانياً وجود الدليل الخاص وهو النصوص الخاصة من أئمة أهل البيت عليهم السلام الواردة على صحة نظائره مما يكون تعمير الأرض هو العوض في العقد. وإليك بعض تلك النصوص:

١ - في الكافي عن علي بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: الْقَبَالَةُ أَنْ تَأْتِيَ الأرض الْخَرِبَةَ فَتَقَبَّلَهَا مِنْ أَهْلِهَا عِشْرِينَ سَنَةً أو أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أو أَكْثَرَ فَتَعْمُرَهَا وَتُؤَدِّيَ مَا خَرَجَ عَلَيْهَا فَلاَ بَأْسَ بِهِ[١].

٢ - في التهذيب عن الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ ابْنِ مُسْكَانَ عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الأرضِ يَأْخُذُهَا الرَّجُلُ مِنْ صَاحِبِهَا فَيَعْمُرُهَا سِنِينَ وَيَرُدُّهَا إِلَى صَاحِبِهَا عَامِرَةً وَلَهُ مَا أَكَلَ مِنْهَا قَالَ لاَ بَأْس[٢].

---

(١) الكافي، ج٥، ص: ٢٦٨.

(٢) تهذيب الأحكام، ج٧، ص: ٢٠٥.

٣ ـ في الكافي عن مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ يَعْقُوبَ بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ الأرض مِنْ أَرْضِ الْخَرَاجِ فَيَدْفَعُهَا إِلَى الرَّجُلِ عَلَى أَنْ يَعْمُرَهَا وَ يُصْلِحَهَا وَ يُؤَدِّيَ خَرَاجَهَا وَمَا كَانَ مِنْ فَضْلٍ فَهُوَ بَيْنَهُمَا قَالَ: لاَ بَأْسَ قَالَ: وَسَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُعْطِي الرَّجُلَ أَرْضَهُ وَ فِيهَا رُمَّانٌ أو نَخْلٌ أو فَاكِهَةٌ فَيَقُولُ: اسْقِ هَذَا مِنَ الْمَاءِ وَاعْمُرْهُ وَلَكَ نِصْفُ مَا أُخْرِجَ قَالَ: لاَ بَأْسَ قَالَ: وَسَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُعْطِي الرَّجُلَ الأرض فَيَقُولُ: اعْمُرْهَا وَهِيَ لَكَ ثَلاَثُ سِنِينَ أو خَمْسُ سِنِينَ أو مَا شَاءَ اللَّهُ قَالَ: لاَ بَأْسَ[١].

وقد أفتى بمضمونها فقهاء الإمامية. قال العلامة الحلي رحمه الله: يجوز أن يتقبل الأرض ليعمرها ويؤدي ما خرج عليها مدّة معينة[٢].

قال السيد الطباطبائي في العروة الوثقى: يجوز إجارة الأرض مدة معلومة بتعميرها وإعمال عمل فيها من كري الأنهار وتنقية الآبار وغرس الأشجار ونحو ذلك. وعليه يحمل قوله (ع) لا بأس بقبالة الأرض من أهلها بعشرين سنة أو أكثر فيعمرها ويؤدي ما خرج عليها ونحوه غيره.

قال السيد الخوئي رحمه الله: لا إشكال في صحة قبالة الأرض بأن يتقبل الرجل من شخص أرضاً ليعمرها نحو عمارة من غرس الأشجار أو تنظيف الأنهار والآبار وما شاكل ذلك إلى مدة معينة على أن يكون حاصل الأرض للعامل وبعد انقضاء المدة يكون لصاحب الأرض. وهذه العملية تسمى بالتقبيل والتقبل، والفعل الصادر منهما يدعي بالقبالة[٣].

لا يخفى أن الجواز في هذه المسألة هو على طبق القاعدة؛ لأنّ الأعمال تصلح لأن تجعل عوضاً في المعاوضات بيعاً كان أو إجارة أو

(١) الكافي، ج٥، ص: ٢٦٨.
(٢) تذكرة الفقهاء (ط ـ القديمة)، ص: ٣٤١.
(٣) المستند في شرح العروة الوثقى، ج٤، ص: ٤٩٢.

نحوهما، والمفروض تعيينها أو وجود تعارف يرتفع به الغرر والجهالة[1].

معلوم أن عقد البناء والتشغيل والإعادة أيضاً من هذا القبيل لأنه تقبل للأرض وما شاكلها لتعميرها على أن يكون حاصل الأرض ومنافعها للعامر لمدة معينة وإرجاعها لصاحبها معمورة بعد انقضاء المدة. نعم يبقى الكلام في تكييف هذا العقد وأنه هل هو إجارة كما حمل السيد الطباطبائي الروايات على هذا الاحتمال فيما نقلناه من كلامه أو جعالة أو أنه عقد مستقل برأسه وهذا ما نبحث عنه في العنوان التالي.

* * *

(١) الإجارة (للفاضل)، ص: ٦٣٨.

البحث من الناحية الثانية
(تكييف عقد البناء والتشغيل والإعادة)

يمكن تخريج عقد البناء والتشغيل والإعادة عن طريق العقود المسماة المعهودة كالإجارة والمصالحة والقبالة بناء على كونها عقداً مستقلاً ونحوها من العقود، كما يمكن عده عقداً مستحدثاً من دون أن يكون فرعاً لعقد مسمى.

١ ـ تخريجه عن طريق العقود المعهودة:

أ ـ القبالة:

القَبَالة، بالفتح: الكفالة وهي في الأصل مصدر قَبَل إذا كَفَل. وقال: قَبَّلْت العامِلَ العمل تَقَبُّلاً، وهذا نادر، والاسم القَبالة، وتَقَبَّله العامل تَقْبِيلاً، نادر أيضاً[١].

يستعمل القبالة في الفقه للتعبير عن عقود مختلفة كتقبّل الأرض الخراجية من السلطان وتقبّل أحد الشريكين حصة شريكه بعوض معلوم، وتقبّل الأرض من شخص للتعمير والجامع بينها هو كونها معاوضة على حق الانتفاع من الأرض بعوض معلوم. والمراد هنا هو المورد الثالث أي تقبّل الأرض من شخص ليعمّرها. وقع الخلاف في كون القبالة عقداً مستقلاً أو أنه إجارة أو مصالحة أو غيرهما. ذهب الشهيد الثاني إلى كونها عقداً مستقلاً برأسه لها أحكام خاصة[٢]. فعلي هذا الاحتمال يمكن

---

(١) لسان العرب المادة.

(٢) الجدير بالذكر أن عد الشهيد الثاني القبالة عقداً مستقلاً إنما هو في تقبل أحد الشريكين حصة الآخر بثمن معلوم قال الشهيد الثاني في ذيل قول المحقق في الشرائع: «إذا كان بين اثنين نخل أو شجر، فتقبّل أحدهما بحصّة صاحبه بشيء معلوم، كان جائزاً». هذه القبالة معاوضة مخصوصة مستثناة من المزابنة والمحاقلة معاً. والأصل فيها ما رواه يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل، فيقول أحدهما لصاحبه: اختر: إمّا أن تأخذ هذا =

تخريج عقد البناء والتشغيل والإعادة عليها فيكون نوع قبالى.

ب ـ الإجارة:

الظاهر أن عقد البناء والتشغيل والإعادة أشبه شيء بالإجارة لأن المحور الأساسي في عقد البناء والتشغيل والإعادة، إما هو تمكين الطرف الثاني للاستفادة من أرض مملوكة للطرف الأول لمدة معلومة لإيجاد بعض المنشئات عليه والاستفادة منها ثم تحويله إلى الطرف الأول بعد تمام المدة، أو انه منح حق امتياز صياغة مشروع والانتفاع منه ثم تحويله إلى الطرف الأول على أن يكون العوض هو القيام بالإصلاح والبناء في كلا الفرضين. فبناءً على الاحتمال الأول ـ هو تمكين الطرف الثاني للاستفادة من أرض مملوكة للطرف الأول ـ فصدق الإجارة عليه مسلم، أما على الاحتمال الثاني فالمعاملة والتعاقد وقعت على الحق ولا ريب أنه ليس ببيع كما سيتضح فتكون مصالحة عليه تعطي فائدة الإجارة.

وبناءً على كونه إجارة يقع الكلام من الناحية العلمية في أنه من هو المؤجر والمستأجر؟ هل المستأجر هو العامل الذي يعمر الأرض ويبني البناء، والمؤجر هو صاحب الأرض، أو أن الأمر بالعكس والمؤجر إنما هو العامل الذي يؤجر نفسه لعمارة الأرض، والأجرة هي منفعة الأرض والمستأجر صاحبها؟

ولا يخفى عدم ترتب أثر عملي لبيان أنه من هو المؤجر والمستأجر بعد قيام الدليل على صحتها ونفوذها على كل تقدير حسبما عرفت. وقد وقع نظير ذلك في البيع لدى تشخيص البائع عن المشتري

= النخل بكذا وكذا كيلاً مسمّى، وتعطيني نصف هذا الكيل، زاد أو نقص، وإمّا أن آخذه أنا بذلك وأردّ عليك، قال: «لا بأس بذلك». وكذا روي أنّ النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم قبّل أهل خيبر نخلهم وخيّرهم كذلك. وظاهر الأصحاب أنّ الصيغة تكون بلفظ القبالة، وأنّ لها حكماً خاصًا زائداً على البيع والصلح، لكون الثمن والمثمن واحداً، وعدم ثبوت الربا لو زاد أو نقص، ووقوعه بلفظ التقبيل، وهو خارج عن صيغتي العقدين. راجع مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج٣، ص: ٣٧٠.

فيما لو كان الثمن والمثمن كلاهما من العروض أو كلاهما من النقود.

والضابطة العرفية لتشخيص المؤجر عن المستأجر، أن المستأجر هو الذي ينظر إلى خصوصية المنفعة القائمة بالعين المستأجرة فهو بمثابة المشتري في البيع، كما أن المؤجر هو الناظر إلى المالية فحسب كالبائع وبعبارة أخرى المؤجر يطلب المالية، والمستأجر يطلب الخصوصية ومن ثَمَّ يروم الأول العثور على النقود والأثمان، والثاني على الأشخاص والأعيان. وعليه: فلو فرضنا أن كلاً منهما ناظر إلى الخصوصية كما لو اتفقا على أن يخيط أحدهما للآخر ثوباً إزاء أن يبني الآخر له حائطاً فوقعت المبادلة بين عملين أو وقعت بين منفعتين، أو بين منفعة وعمل كما لو تبادلا بين سكنى الدار شهراً وبين الخياطة ثوباً ففي جميع ذلك بما أن النسبة من كل من الجانبين متساوية، لأن كلا منهما يطلب الخصوصية فلا يختص أحدهما باسم المستأجر أو المؤجر دون الآخر. فتكون مبادلة بدون تخصيص أحد الطرفين باسم المؤجر والآخر باسم المستأجر، ولعل هذا أيضاً يكون شاهداً على خروجها من باب الإجارة كونها معاوضة خاصة محكومة بالصحة بمقتضى القواعد العامة والنصوص الخاصة الواردة في المقام[1].

ج ـ بيع حق الامتياز:

الظاهر عدم صحة تصوير عقد البناء والتشغيل والإعادة بيعاً، لأن البيع معناه هو تمليك رقبة المال (عيناً كانت أو منفعة أو حقاً) مقابل مال وهو يلازم الدوام، وعدم توقيته بمدة ينتهي أمده بانتهاء المدة، والحال أن الملحوظ في عقد البناء والتشغيل والإعادة هو كونه مؤقتاً ورجوع الأرض وحق الامتياز إلى صاحبه الأول بدون مقابل. وادعاء أنه يمكن تبرير رجوع المال إلى صاحبه بعد مدة بالشرط الضمني وإن كان أصل عقد البيع يأبى عن ذلك في حد ذاته مخدوش بأن الشرط إنما يصح لو لم يكن مخالفاً لمقتضى العقد. فاشتراط رجوع المال بعد مدة مخالف لمقتضى عقد البيع، لأن مقتضى الشرط كذلك هو عدم سيطرة المالك على ماله إلا في مدة خاصة وهو خلاف الملكية.

---

(١) يراجع المستند في شرح العروة الوثقى، ج٤، ص: ٤٩٤.

د ـ المصالحة:

يمكن صياغة هذا العقد على نحو الصلح والمصالحة، لأن الصلح عندنا أوسع العقود مجالاً، ويمكن الوصول إلى أغلب نتائج العقود المعهودة عن طريق الصلح، لقوله صلى الله عليه وآله: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أو حَرَّمَ حَلاَلاً»[1]، وهو المروي عن الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام[2] ولا يشترط في تحقق الصلح وجود الخلاف والنزاع بين الطرفين، بل الصلح الابتدائي أيضاً جائز عند فقهائنا[3].

هـ: الإقطاع:

وهو تخصيص الدولة قطعة من الأرض ونحوها من الموارد الطبيعية لشخص قادر على العمل، على نحو الإمتاع أو التمليك أو غيره فهو على أقسام:

١ ـ إقطاع الاستغلال:

والمقصود بهذا النوع من الإقطاع هو تخصيص بعض الضرائب الواقعة على فئة أو منطقة معينة لشخص من الأشخاص إزاء خدمة يقوم بها، أو عوضاً عن حقه في الارتزاق من بيت المال، أو على سبيل المنحة والعطاء[4].

٢ ـ إقطاع الإرفاق:

وهو في المشهور تخصيص موضع في أحد المرافق العامة كالطرق

(١) من لا يحضره الفقيه، ج٣، ص: ٣٢.
(٢) الكافي، ج٧، ص: ٤١٣.
(٣) ويشهد على ذلك أن الشهيد الأول ذهب إلى كون تقبل أحد الشريكين حصة شريكه بثمن معلوم صلحا مع أنه عبر عنه في الرواية بالقبالة والتقبل. راجع الدروس الشرعية ج ٣ ص ٢٣٨.
(٤) إحياء الأراضي الموات، ص: ٢٧٢.

ورحاب المساجد ومقاعد الأسواق ونحوها، لشخص من الأشخاص من أجل أن يستخدمها في أحد أغراضه الخاصة التي لا تضر بالمصلحة العامة[1]. وقد صرح بشرعية هذا النوع من الإقطاع فريق من الفقهاء ولكن قوى الشيخ الطوسي وغيره من الإمامية القول بمنع هذا النوع من الإقطاع لعدم وجود دليل على مشروعيته وهذا هو المشهور عند فقهائنا كما بيناه[2]. وقد ذكر هذا النوع قبلاً لإقطاع التمليك الآتي بيانه، الذي يراد به تخصيص الشيء وأصلاً للمستفيد.

٣ - إقطاع التمليك:

يقصد بهذا النوع من الإقطاع، تخصيص قطعة من الأرض أو نحوها أصلاً ومنفعة لمن تتوفر فيه القدرة من الأشخاص على استثمارها أو استغلالها. وقد أجاز ذلك جمهور الفقهاء ومن بينهم فقهاء الإمامية والمالكية وكذلك الشافعية والحنابلة وبعض الأحناف الذين صرحوا بجوازه[3].

من المعلوم أن إقطاع التمليك لا صلة لها بعقد البناء والتشغيل

---

(١) إحياء الأراضي الموات، ص: ٢٧٣.

(٢) ولكن الظاهر أنه لا ضير بهذه الإرفاقات ولا مانع شرعي منها إذا لم ينشأ عنها ضرر بالمصلحة العامة، لعدم وجود دليل أو نص بالمنع. ولعل منه إقطاع الإمتاع أو الانتفاع الذي يقصد به تخصيص منافع الشيء دون أصله لشخص من الأشخاص ولفترة زمنية محدودة إحياء الأراضي الموات، ص: ٢٧٤.

(٣) إحياء الأراضي الموات، ص: ٢٧٥ لم يعتبر الإسلام مجرد الإقطاع سبباً لتملك الفرد المقطع المصدر الطبيعي، وإنما جعل للفرد المقطع حقاً في استثمار المصدر الطبيعي، وتملكه إذا كان إقطاع تمليك وهذا الحق يعني أن له العمل في ذلك المصدر، ولا يجوز لغيره انتزاعه منه والعمل فيه بدلاً عنه، كما صرح بذلك العلامة الحلي في (القواعد)، قائلاً: بأن الإقطاع يفيد الاختصاص، وكذلك الشيخ الطوسي في (المبسوط) إذ كتب يقول: «إذا أقطع السلطان رجلاً من الرعية، قطعة من الموات، صار أحق بها من غيره، بإقطاع السلطان، بلا خلاف». نعم يعامل المقطع مع الأرض معاملة الملك بعد تمامية الإقطاع له واستثماره من قبله. يراجع قواعد الأحكام ج ١ ص ٢٢١؛ المبسوط ج ٣ ص ٢٧٣؛ اقتصادنا ص ٤٨٧.

والإعادة لعدم تحقق التمليك في هذا العقد أما الأقسام الأخرى من الإقطاع فتشبه عقد البناء والتشغيل والإعادة من جهة كونها إعطاء حق من حقوق المتعلقة بالحكومة أو عامة الناس إلى جهة خاصة للانتفاع منها واستغلالها كما هو كذلك في عقد البناء والتشغيل والإعادة ولكن يفترق هذا العقد عن الإقطاع أن الإقطاع غالباً لا يكون بعوض بل يشبه الهبة نعم يشترط كون المقطع قادراً على إحياء الأرض وألا يسقط حقه. بمعنى أن المقطع غير مطالب بتقديم عوض مقابل الإقطاع وهذا بخلاف عقد البناء والتشغيل والإعادة فإنه عقد لمنح حق الانتفاع من الأرض أو الامتياز مقابل تقديم خدمات معينة إلى الناس ثم تحويل المنشأة بعد انتهاء العقد إلى الحكومة. بل المحور الأصلي في عقد البناء والتشغيل والإعادة هو سد حاجة معينة من حاجات العامة والملاحظ فيه المصلحة العامة دون منافع المقطع وهذا بخلاف الإقطاع لأن التركيز فيه في المرحلة الأولى على ما فيه مصلحة المقطع لا الآخرين.

٤ ـ الاستصناع:

يفترق عقد البناء والتشغيل والإعادة عن الاستصناع في أن مصب العقد في البناء والتشغيل والإعادة كما ذكرنا هو منح حق امتياز متعلق بالمرافق العامة للطرف الثاني مقابل إنشاء منشأ وتحويله بعد مدة معلومة إلى صاحب الأرض (الحكومة)، والحال أن مصب العقد في الاستصناع هو المبادلة على شيء معين في الذمة مقابل ثمن معين. فيفترقان في ناحية الثمن والمثمن أما من ناحية الثمن فلأنه ليس في عقد البناء والتشغيل والإعادة ثمن معين خارج عن منافع المنشأ يقدمه الطرف الأول للطرف الثاني، وهذا بخلاف عقد الاستصناع فإن الثمن فيه شيء معين يدفع دفعة أو في ضمن أقساط إلى الطرف الثاني، وأما من ناحية المثمن لأن المثمن في الاستصناع هو صنع شيء معين وتحويله مباشرة إلى المستصنع بخلاف عقد البناء والتشغيل والإعادة فإن المعوض فيه هو البناء والتشغيل لمدة معينة.

ومن هنا يعرف وجه امتيازه عن «عقد الأشغال العامة» الذي هو

عقد مقاولة، بين شخص من أشخاص القانون العام، وبين فرد أو شركة، يتعهد المقاول، بمقتضاه، بالقيام بعمل من أعمال البناء، أو الترميم، أو الصيانة في عقار، لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة، مقابل أجرة وثمن، يُحدد في العقد. فإن الفرق بينه وبين عقد البناء والتشغيل والإعادة هو في كون العوض في عقد الأشغال العامة ثمناً محدداً يدفع في من قبل الجهة الحكومية إلى المقاول مقابل ما يقوم به من البناء أو الترميم أو غير ذلك. هذا بخلاف عقد البناء والتشغيل والإعادة فإنه ليس فيه أجرة وثمن غير حق الانتفاع من الأرض.

٢ ـ كونه عقداً مستحدثاً مستقلا برأسه ملزماً للطرفين على حد سائر العقود اللازمة:

يحتمل افتراض عقد البناء والتشغيل والإعادة عقداً مستحدثاً مستقلاً لا شكلاً من إشكال العقود المتعارفة المعهودة، ويقوي هذا الاحتمال أمران:

الأمر الأول: الفهم القانوني لهذا العقد حيث إنهم ذكروه عقداً مستقلاً ولم يسموه بيعا ولا إجارة ولا غيرهما من العقود المتعارفة.

الأمر الثاني: عدم استيعاب العقود المعهودة لشمول جميع مميزات هذا العقد.

نعم يمكن صياغته عن طريق العقود المعهودة كالإجارة مثلاً والوصول إلى خصوصيات عقد البناء والتشغيل والإعادة عن طريق اشتراط تلك المميزات والخصوصيات في ضمن عقد الإيجار، بحيث يتم المطلوب بالمجموع ولكنه تكلف لا داعي له بعد إمكان تصحيحه كعقد مستقل تشمله الأدلة العامة الدالة على وجوب الوفاء بالعقد سواء كان متعارفاً في الأزمنة السابقة أم لم يكن.

وعلى كل حال تختلف أحكامه باختلاف صياغته إجارة أو صلحاً أو عقداً مستقلاً.

مناقشتان في صحة عقد الإنشاء والتشغيل والإعادة

الإشكال والنقص في العقود قد تكون في مرحلة المقتضي، كفقد شرائط العقد أو المتعاقدين، وقد تكون في مرحلة المانع، ككونه غرريا أو ربويا وغيرهما من الموانع قد ظهر مما ذكرناه عدم وجود نقص في عقد الإنشاء والتشغيل والإعادة في مرحلة المقتضي، فلا بد من دراسة مرحلة المانع.

فنقول هناك مناقشتان متوجهتان إلى صحة عقد الإنشاء والتشغيل والإعادة لا بد من دراستهما ومعالجتهما للحكم بالصحة.

وهما:

١ ـ كون هذا العقد مشتملاً على الغرر والمخاطرة.

٢ ـ كونه موجبا لسلطة الكفار على المسلمين وفرض سيطرتهم عليهم.

١ ـ لزوم الغرر والمخاطرة:

قد يقال: إنَّ المعوض ـ أي: إنشاء شيء من المنشئات الأساسية بالخصوصيات المعينة ـ في عقد الإنشاء والتشغيل والإعادة وإن كان معلوماً ولكن العوض فيه مشتمل على الغرر والمخاطرة، لأن العوض فيه وهو امتياز تشغيل ذلك المنشأ لفترة معينة مقارن بالجهالة والإيهام، لأن تعيين سعر السلعة التي تنتجها أو الخدمة التي تقدمها للمنتفعين في مدة الامتياز التي تستمر لمدة طويلة بالدقة غير ميسرة سواء قررت عرضها للناس أو بيعها من الحكومة، والجهالة في الشرط الراجع إلى أحد العوضين ـ وهنا الثمن ـ يوجب الجهالة في العوضين فتكون المعاملة غررية باطلة.

ولكن يمكن حل هذا الإشكال عن طريق الاتفاق على الأساليب

والموازين لتعيين القيمة السوقية وميزان الربح للسلعة أو الخدمة كالاتفاق على تحديد السعر على أساس سعر التكلفة الحقيقية، ونسبة ربح مئوية. نعم يلزم في هذه الحال أن يقدم المقاول بيانات وقوائم مالية دقيقة ومفصلة وبمواصفات محددة بالتكاليف يرفعها للجهة المحددة في العقد ويستحق حينئذ التكلفة بالإضافة للنسبة المتفق عليها كما يمكن تعيين القيمة الدولية معياراً يرجع إليها، بل يمكن الاتفاق على تحديد السعر على أساس وحدة قياسية يحدد فيها ثمن الوحدة والكمية لمدة طويلة.

٢ ـ استلزامه لسلطة الكفار على المسلمين وفرض سيطرتهم عليهم:

والمنشأ لهذه السلطة أمران:

أ ـ طول زمان هذا التعاقد، لأن هذا عقد غالباً يستمر لمدة عشرين إلى ثلاثين سنة. وهذا معناه إعطاء الفرصة الكافية لتواجد طويل المدة بل الدائمي للكفار في داخل البلد الإسلامي، مما يؤدي إلى تدخلهم في شؤون المسلمين ولا أقل يوجب ذلك إشاعة الفساد الأخلاقي في الأماكن التي يعيشون فيها مع المسلمين.

ب ـ كون موضوع هذا التعاقد منح امتياز بناء البنى التحتية الأمر الذي يؤدي إلى تدخلهم وفرض هيمنتهم على الأمور الاقتصادية، بل قد يسبب ذلك إلى تدخلهم في الشؤون السياسية والثقافية في البلد لأجل إبقاء واستمرار سلطتهم على سوق ذلك البلد.

هذا أمر يصدقه التاريخ المعاصر، بل عاشه أكثر البلاد الإسلامية وغير الإسلامية في القرن الماضي حتى اليوم، حيث نري أن أكثر التدخلات في البلاد كان عن طريق الكمبانيات وأخذ الامتيازات في الشؤون الاقتصادية التي مهدت الطريق لأنواع التدخلات السياسية والثقافية حتى العسكرية لغير المسلمين في بلاد الإسلام، بحجة الدفاع عن منافعهم.

ومما يؤيد هذا الفهم فتوى العالم المجاهد السيد محمد حسن الشيرازي المعروف بالشيرازي الكبير (قدس سره) ١٢٣٠هـ - ١٣١٢هـ ضد منح امتياز التبغ للشركة إنجليزية في إيران وتحريم استعماله في إيران[١].

---

(١) في ١٨٩٠ منح ناصر الدين شاه القاجار امتيازاً لاحتكار التبغ وبيعه في إيران لمدة خمسين عاماً لشركة إنجليزية تدعى ريجي Regi Tobacco لصاحبها الميجر تالبوت.
وكانت الاتفاقية تضمنت بنوداً وقرارات ضارة بالمزارعين والتجار وعامة الناس منها:
١ - يجب على حكام الأقاليم في أنحاء إيران إجبار المزارعين على إعطاء تعهدات للشركة البريطانية بأن كل ما يزرعونه من التبغ لا يجوز لهم بيعه وشراؤه إلا بإذن صاحب الامتياز. وليس لأحد إصدار الإجازة بذلك، إلا من صاحب الامتياز. وليس للبائع والمشتري أن يتعامل بغير دفتر الإجازة، ومن فعل ذلك فعليه عقوبة.
٢ - عدم جواز حمل ونقل التبغ مطلقاً إلا بإجازة صاحب الامتياز.
٣ - يجب على صاحب الامتياز شراء جميع التبغ الموجود في إيران، وليس للبائع الامتناع عن ذلك.
٤ - كل من باع أو اشترى خفية، أو وجد عنده شيء من التبغ دون إجازة، فيجب على المسؤولين في الحكومة الإيرانية معاقبته بشدة.
٥ - توافق الدولة على عدم فرض رسوم ومكوس إضافية على التبغ.
وعلى أثر هذا الامتياز وصل إلى إيران أكثر من مائتي ألف أجنبي، قاموا باستغلال الناس واستضعافهم، وإشاعة المفاسد الاجتماعية والأخلاقية.
وقد أرسل السيّد الشيرازي برقية من سامرّاء المقدّسة إلى الشاه القاجاري حول هذا الموضوع، نقتطف منها ما يلي: (إنَّ تدخّل الأجانب في الأمور الداخلية للبلاد، واختلاطهم بالمسلمين، وإشاعة الفساد تحت ستار امتياز التنباكو، يعتبر منافياً لصريح القرآن الكريم، والقوانين الإلهية، وبالتالي يؤدّي إلى ضعف الدولة، وعدم تمكّنها من المحافظة على سيادتها واستقلالها، وهذا ممّا يزيد قلق المواطنين وقلقنا على مستقبل المسلمين).
لكن اعتذر الشاه عن إلغاء الاتفاقية محتجاً بعدم قدرته، وما يترتب على ذلك من مخاطر. وحذره الشيرازي برسالة ثانية، لكن الشاه ظل على موقفه.
بعد أن يئس الإمام الشيرازي من تغيير موقف الشاه تجاه الامتياز، وتدهور الأوضاع الاقتصادية للمزارعين والتجار الإيرانيين، أصدر فتواه الشهيرة: (عام ١٨٩١):
(بسم الله الرحمٰن الرحيم، اليوم استعمال التنباك والتتن حرام بأي نحو كان ومن=

والجواب عن هذا الإشكال هو أنه يمكن التخطيط وفق الظروف الموجودة بطريقة تضمن التقدم في المجال الاقتصادي مع المحافظة على أحكام الدين والحيلولة دون تدخل الكفار في شؤون المسلمين، وهذا أمر ممكن إذا كان الحاكم الإسلامي ممن يؤمن بأحكام الإسلام وعزة المسلمين. وذلك لأن العلاقات الدولية في العصر الحالي تطورت بحيث يجعل خيارات متعددة إمام الدول خصوصا في الموضوعات الاقتصادية مما يمكن للحاكم الإسلامي أن يدرسها بدقة ويختار الشق الذي ليس فيه احتمال التدخل من قبل غير المسلمين في شؤونهم وفرض هيمنتهم على المسلمين. وللوصول إلى ذلك لا بد أن يراعي أصول الاستقلال في مرحلة اختيار الشركة ودراسة بنود التعاقد وتعيين المرجع في الاختلافات غير ذلك من الأمور. وبالإجمال تشخيص أن عقدا من العقود مع الكفار هل يوجب سلطتهم على المسلمين أو لا يوجب ذلك وتعيين كون العقد بمصلحة المسلمين أو لا أمر موكول إلى الولي الشرعي إي المجتهد الجامع للشرائط في زمن عدم حضور الإمام المعصوم. والحمد لله رب العالمين.

وهناك عقود أخرى مشابهة لعقد البناء والتشغيل والإعادة تستخدم أيضاً في مجال إنشاء وتشغيل المرافق العامة، ولكن هذا العقد أشهرها وأهمها:

أ ـ عقد البناء والتملك والتشغيل ثم الإعادة: (BOOT - Build - Own - Operator - Transfer).

ويشتمل هذا العقد أيضاً على الطرفين المتعاقدين الطرف الأول

= استعمله كان كمن حارب إمام العصر صلوات الله وسلامه عليه) محمد تقي الحائري الشيرازي).

أحدثت الفتوى صدًى هائلاً في أوساط الشعب الإيراني، فاستجابت لها كل الطبقات الإجتماعية، فأصبح الامتناع عن التدخين عملاً وطنياً وممارسة ثورية وطاعة دينية واستجابة لأمر قائدها. فأقلع الجميع عن التدخين بشكل كامل، وأغلقت محلات بيع التبغ، بل سرى الالتزام بالفتوى حتى داخل قصر الشاه، فاضطر في النهاية إلى إلغاء الاتفاقية.

الحكومة أو ممثلوها، الطرف الثاني شركة المشروع. وبموجب هذا العقد يمنح الطرف الأول (الحكومة) حق التملك خلال فترة الامتياز للطرف الثاني وهي الشركة التي ستقوم بتمويل وبناء المشروع واستثماره وتشغيله وصيانته، وتقاضي الرسوم المفروضة على الجمهور المستفيدين من خدمات هذا المشروع والتي تم الاتفاق عليها سلفاً مع الحكومة. كما تتولى تجميع الإيرادات المتحصلة خلال فترة الامتياز لتغطية تكاليف التشغيل والصيانة ودفع التزامات التمويل وسداد القروض وفوائدها، والإيراد المتبقي بعد ذلك هو ما يكون الربح المناسب للشركة. وبعد انتهاء فترة الامتياز تتنازل الشركة عن ملكية وتشغيل المشروع للطرف الأول (الحكومة) بدون مقابل.

ب ـ عقد البناء والتملك والتشغيل: (BOO) Build - Own - Operator:

وهو كالعقد السابق إلا أنه يختلف عنه بأن الطرف الثاني في هذا العقد (شركة المشروع) لا تلتزم بعد انتهاء فترة الامتياز بتحويل أو إعادة إدارة أو ملكية المشروع للحكومة، وإنما يقوم أعضاء الاتحاد المالي والمساهمون في ملكية المشروع (مؤسسو الشركة) ببيعه لذلك لا ترحب الحكومات بنموذج هذا العقد إلا في بعض الحالات النادرة كأن تنتهي حاجة الحكومة من الاستفادة من المشروع بعد انتهاء فترة الامتياز، أو يكون المشروع قريباً من نهاية عمره الافتراضي.

ج ـ عقد البناء والتأجير ثم التحويل: (BLT Build - Lease - BLT) Transfer):

وبموجب هذا العقد يمنح الطرف الأول (الحكومة) امتيازاً للطرف الثاني (شركة المشروع) لإقامة وبناء مشروع من مشاريع البنى التحتية ويكون في الغالب مبنى حكومة كبناء مدرسة حكومية أو أي بناء خاص بإحدى القطاعات الحكومية، وبعد الانتهاء من إقامته وبنائه يقوم الطرف الأول (الحكومة) باستئجاره من الطرف الثاني طول فترة الامتياز. ومن الطبيعي أن يغطي مجموع قيمة الإيجار طول فترة الامتياز تكلفة إقامة

وبناء المشروع، إضافة إلى مقدار من الربح المناسب للشركة، وبعد انتهاء فترة الامتياز يتم تحويل المشروع للطرف الأول (الحكومة) بدون مقابل.

وهناك عقود أخرى لا نرى حاجة لتوضيح المراد منها، وإنما نذكرها تعداداً فقط، فمنها:

د) عقد الإنشاء والإجارة والتشغيل Build Lease Operate (BLO).

هـ) عقد التخطيط والتشغيل والصيانة Design Build (DBOM) Operate Maintain.

و) عقد الإحياء والتشغيل والإعادة Rehabilitate Operate Transfer (ROT).

ز) عقد الإحياء والتشغيل والتملك Rehabilitate Operate Own (ROO).

ح) عقد التصميم والبناء والتمويل والتشغيل Design Build Finance Operate (D.B.F.O).

ط) عقد التحديث والتملك والتشغيل والإعادة Moderize Own Operate Transfer (M.O.O.T).

❊ ❊ ❊

مشروع قرار

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بعد دراسة فقهية لعقد البناء والتشغيل والإعادة وبعد التأمل والمناقشة شملت مختلف جوانب الموضوع قرر ما يلي:

أولاً: أن عقد البناء والتشغيل والإعادة وهو منح الطرف الأول (الحكومة أو أحد مؤسساتها) للطرف الثاني (شركة المشروع) امتياز إنشاء مشروع معين في مدة محددة على أن يقوم الطرف الثاني بالبناء والتشغيل والإدارة في تلك المدة بحيث يسترد تكاليف البناء ويحقق أرباحاً وينتقل المشروع بعد نهاية مدة الامتياز إلى الطرف الأول بدون مقابل، عقد سائغ في حد ذاته، تشمله الأدلة العامة لتنفيذ العقود، والأدلة الخاصة الواردة في صحة الإجارة والقبالة وغيرهما.

ثانياً: يمكن صياغة عقد البناء والتشغيل والإعادة على نحو يدخل في الإجارة، فتشمله أحكام الإجارة، كما يمكن صياغته كعقد مستقل فيكون محكوماً بالأحكام العامة للعقود.

ثالثاً: عقد البناء والتشغيل والإعادة لكونه عقداً غير ناقل للملكية يصح استخدامه في المرافق العامة إلا في المنافع المشتركة التي للناس فيها حق الانتفاع فقط كالطرق العامة وموارد المياه وما أشبه ذلك. فلا يجوز التعاقد عليها بأسلوب عقد البناء والتشغيل والإعادة وغيره من العقود إذا أوجب مزاحمة الناس إلا أن يكون هناك مصلحة أهم للمسلمين.

رابعاً: إذا كانت الشركة القائمة بالبناء والتشغيل لغير المسلمين يجب في صحته أن تكون بنود العقد وطبيعته بحيث لا يوجب أي سيطرة للكفار على شؤون المسلمين الاقتصادية وغيرها.

خامساً: لا بد أن يكون المعوض أي ما تقوم به الشركة من بناء وتعمير والمنشأ الذي يقرر تسليمه للطرف الأول، وكذلك العوض أي حق الامتياز الذي يمنح للشركة وكيفية استخدامها لهذا الحق وسعر السلعة أو الخدمة التي يقدمها في مدة التعاقد واضحاً ليس فيه أي إبهام ومخاطرة. كي يكون العقد صحيحاً لا يلزم منه الغرر المنفي شرعاً. والحمد لله رب العالمين.

* * *

فهرس المصادر والمراجع

١ ـ إحياء الأراضي الموات مظفر، محمود بن محمد حسن المطبعة العالمية القاهرة.

٢ ـ الأصول العامة للفقه المقارن: السيد محمد تقي الحكيم مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث الأولى قم.

٣ ـ اقتصادنا: السيد محمد باقر الصدر مكتب الإعلام الإسلامي قم.

٤ ـ البحر الرائق: ابن نجيم المصري دار الكتب العلمية ـ بيروت.

٥ ـ بلغة الفقيه: السيد محمد بحر العلوم منشورات مكتبة الصادق ـ طهران مكتبة العلمين العامة ـ النجف الأشرف.

٦ ـ تحرير الأحكام: العلامة الحلي مؤسسة الإمام الصادق مكتبة التوحيد ـ قم.

٧ ـ تحرير المجلة: محمد الحسين كاشف الغطاء (ط.ق).

٨ ـ تحرير الوسيلة: السيد الخميني مطبعة الآداب النجف الأشرف مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان قم.

٩ ـ تذكرة الفقهاء (ط.ج): العلامة الحلي مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث الأولى قم.

١٠ ـ تهذيب الأحكام: الشيخ الطوسي دار الكتب الإسلامية ـ طهران.

١١ ـ جواهر الكلام: الشيخ الجواهري دار الكتب الإسلامية ـ طهران.

١٢ ـ حاشية المكاسب (ط.ق): السيد اليزدي مؤسسة إسماعيليان للطباعة والنشر والتوزيع ـ قم طبعة حجرية.

١٣ ـ حاشية رد المحتار ابن عابدين: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت.

١٤ ـ الحدائق الناضرة: المحقق البحراني: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.

١٥ ـ الدر المختار الحصكفي: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ـ بيروت.

١٦ ـ الروضة البهية: الشهيد الثاني مطبعة الآداب النجف الأشرف.

١٧ ـ روضة الطالبين: محيي الدين النووي دار الكتب العلمية ـ بيروت.

١٨ ـ سنن ابن ماجة: محمد بن يزيد القزويني دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

١٩ ـ سنن أبي داود: ابن الأشعث السجستاني مكتب الدراسات والبحوث في دار الفكر.

٢٠ ـ شرائع الإسلام: المحقق الحلي بيروت.
٢١ ـ صحيح البخاري: البخاري دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
٢٢ ـ العروة الوثقى: السيد محمد كاظم الطباطبائي مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
٢٣ ـ فتح العزيز: عبد الكريم الرافعي دار الفكر.
٢٤ ـ فقه العقود: السيد كاظم الحائري دار الفكر بقم.
٢٥ ـ قواعد الأحكام: العلامة الحلي مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم.
٢٦ ـ القواعد الفقهية: السيد البجنوردي نشر الهادي قم.
٢٧ ـ الكافي الشيخ الكليني: دار الكتب الإسلامية ـ طهران.
٢٨ ـ كتاب الإجارة: الشيخ محمد الفاضل ط قم.
٢٩ ـ كتاب البيع الإمام الخميني: مؤسسة تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني طهران.
٣٠ ـ كتاب المكاسب والبيع تقرير بحث النائيني: للآملي مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
٣١ ـ لسان العرب: ابن منظور نشر أدب الحوزة قم.
٣٢ ـ المبسوط: لشيخ الطوسي المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية.
٣٣ ـ المدخل الفقهي: مصطفى أحمد الزرقا.
٣٤ ـ مسالك الأفهام: الشهيد الثاني مؤسسة المعارف الإسلامية ـ قم.
٣٥ ـ مستند الشيعة: المحقق النراقي مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ـ مشهد المقدسة الأولى.
٣٦ ـ مستند العروة الوثقى: السيد الخوئي الطبعة الأولى منشورات مدرسة دار العلم قم.
٣٧ ـ المستند في شرح العروة الوثقى: العلامة الخوئي ط قم.
٣٨ ـ مفتاح الكرامة: السيد محمد جواد العاملي مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم.
٣٩ ـ من لا يحضره الفقيه: الشيخ الصدوق مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
٤٠ ـ منية الطالب تقرير بحث النائيني: للخوانساري مؤسسة النشر الإسلامي التابع لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
٤١ ـ مواهب الجليل: الحطاب الرعيني دار الكتب العلمية بيروت.

* * *

حقيقة نظام البناء
والتشغيل ونقل الملكية
B.O.T

إعداد

د. ناهد علي حسن السيد

المقدّمة

إن نظام B.O.T . . . اختصار لثلاث كلمات باللغة الإنجليزية هي: البناء Build. التشغيل Operate، النقل .Transfer، ويقصد بمصطلح مشروعات B.O.T تلك «المشروعات العامة التي يقوم القطاع الخاص المحلي أو الأجنبي بتمويلها، حيث يقوم بتصميم وبناء وإدارة المشروع، وذلك خلال فترة محددة، تقوم فيها العلاقة التعاقدية بين الدولة، ومنفذ المشروع (شركة المشروع) على أساس عقد الامتياز الذي يخول بمقتضاه لشركة المشروع الحصول على عائدات المشروع خلال فترة الامتياز. على أن يقوم الأخير عند انتهاء تلك الفترة المحددة بتحويل ملكية أصول المشروع إلى الحكومة في حالة جيدة كما هو متفق عليه في العقد، ودون أي مقابل يدفع من قبل الحكومة». كما تحتاج هذه الممارسة إلى معرفة حقيقتها ومدى أهميتها، وحكمها الشرعي، وهو ما يعني البحث ببيانه. ولا شك أن هناك دراسات سابقة اهتمت بهذه الممارسات بعضها كان يركز على الجانب الاقتصادي والمالي، وبعضها ركز على آلية عملها، أما حظها من الناحية الشرعية فقد كان محدوداً للغاية.

تبدو أهمية موضوع البحث في أن نظام (B.O.T) يعد أحد نماذج الاستثمار الدولي الذي ظهر في الدول المتقدمة، تلبية لحاجة دعت إليه، وأن هذا النظام يفرض نفسه مع تداعيات العولمة التي تعمل على سرعة نشر وتوحيد الكثير من الأساليب والسياسات الاقتصادية، وهناك من الدوافع ما يدعو إلى دراسته وتحليله أهمها:

١. أنها ممارسة فعلية على أرض الواقع، بدأت تفرض نفسها خاصة على دول العالم الثالث، الغائبة عن بيئته والأهداف التي نشر من أجلها هذا النظام، لذلك تعد هذه الدول أولى بدراسته لفهمها وتقويمها خاصة مع اجتياح العولمة وتحول العالم إلى ما يشبه

القرية الصغيرة التي تتقارب فيها الأفكار والأساليب، وتطبق في كافة أنحاء العالم.

٢. إن هذه الممارسات لم تأخذ بعد حظها من الدراسة الفقهية التي تعين على فهم حقيقتها، ومثل هذه المحاولات قد تعين على فهم هذه الممارسات، بل قد تؤدي إلى استحداث أدوات جديدة تتفق مع الشريعة الإسلامية، أضف إلى ذلك أن هذه المحاولات تعين المسلمين على أن يضيفوا إلى علوم العصر بما يفيد البشرية، ويؤكد دور المسلمين في النظام العالمي الجديد بالتأثير والإضافة بدلاً من النقل والتقليد.

٣. ندرة الكتابات والأبحاث العربية المتعلقة بالموضوع.

لذلك تركز هدف البحث في ثلاث نقاط جوهرية:

النقطة الأولى: بيان مفهوم نظام B.O.T.

النقطة الثانية: تقديم تحليل اقتصادي له للوقوف على آثاره الاقتصادية الإيجابية والسلبية.

النقطة الثالثة: معرفة التخريج الفقهي له لمحاولة استخلاص حكمه الشرعي.

ولما كان عنوان البحث هو «حقيقة البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T» فقد عمدت الباحثة إلى تقسيم الدراسة إلى فصلين :

الفصل الاول: الاطار النظري والاقتصادي لنظام B.O.T.

الفصل الثاني: نظام B.O.T وعلاقته بالوقف الإسلامي، وتخريجه الشرعي.

* * *

الفصل الأول

الإطار النظري والاقتصادي لنظام B.O.T

يتكون هذا الفصل من أربعة مباحث، هي: تعريف B.O.T، الأطراف الرئيسية له ومجالاته ومراحله، آثاره الاقتصادية الإيجابية، وأخيراً آثاره السلبية. وسوف يتم استعراض هذه المباحث على هذا الترتيب.

❋ ❋ ❋

المبحث الأول

تعريف نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

لقد حظي نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية بأهمية كبيرة منذ أوائل القرن الحالي، نظراً لاتجاه معظم دول العالم خاصة النامية منها، إلى إعادة هيكلة اقتصادياتها القومية، والسعي وراء تحديث بنيتها الأساسية، والإسراع في تطبيق برامج الخصخصة بمختلف أشكالها، ومحاولة تخفيف العبء المثقل به كاهل الموازنات الحكومية، بالإضافة إلى الرغبة الجادة في توسيع مشاركة القطاع الخاص في دعم الاقتصاد القومي بصورة جديدة والاستفادة من قدراته في مشروعات البنية الأساسية، حيث ساهم الكثير من المتغيرات في ذلك، فلقد أحدثت الثورة التكنولوجية الكثير من الضغوط على الحكومات للإسراع بتطبيق الجديد منها في مشروعات البنية الأساسية الجديدة، وهو الأمر الذي لا طاقة للكثير من الدول به، بسبب محدودية قدرتها لمقابلة الاحتياجات المتدفقة المستقبلية، بالإضافة إلى ضآلة التمويل الحكومى أمام تلك المشروعات التي تستغرق الكثير من رؤوس الأموال، ونظراً لما تتكبده الدول النامية من الديون الخارجية والفوائد المتراكمة عليها، نجدها تتجنب اللجوء إلى الاقتراض أو الاستدانة من العالم الخارجي حتى لا تزيد من عبء الدين العام عليها، ومن ثم تفضل اللجوء إلى الأساليب الحديثة في تمويل مشروعات البنية الأساسية، والتي تعد مسؤولية إنشائها، وتشغيلها وصيانتها مسؤولية أساسية يجب أن تضطلع بها الحكومات[١]، ومن تلك الاساليب نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية. فلقد وجدت هذه الصيغة المناخ المواتي لتطورها في الدول الغربية،

---

(١) الغزاوي (علي)، الخطيب (سهير)، النعيمات (عبد السلام): البناء والتشغيل ونقل الملكية، الجمعية العلمية الملكية ـ مركز تكنولوجيا الحاسوب والتدريب والدراسات الصناعية، الأردن، ١٩٩٦، ص٢٠، ٢١.

فكان مولدها وتطبيقها المعاصر هناك، فلا غرو أن يكون اسمها الذي تتناقله الأدبيات المعاصرة، مستلهماً من لغة أهل البلاد، حيث سُمِّي بالـ B.O.T وهو كعادة الغرب اختصار لثلاث كلمات باللغة الإنجليزية هي: البناء (Building)، والتشغيل (Operating)، ونقل الملكية (Transferring)، ويعرف نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T في بعض المراجع الاجنبية على أنه[1]:

"B.O.T is the terminology for a model or structure that uses private investment to under take the infrastructure development that has historically been the preserve of the public sector"[2].

نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية هو نموذج أو تركيب، من شأنه أن يوكل للاستثمار الخاص تطوير البنية التحتية التي كانت في الماضي من شأن القطاع العام. ويركز التعريف على:

١ ـ استخدام القطاع الخاص في الاستثمار.

٢ ـ اختصاص نظام B.O.T بمشروعات البنية التحتية.

٣ ـ التأكيد على أن مهمة القيام بمشروعات البنية التحتية وتطويرها كانت تاريخياً للقطاع العام...

ويمكن تعريف نظام B.O.T بأنه «النظام الذي يتم بموجبه تمويل المشروعات الاستثمارية سواء كانت عامة أو خاصة، وإنشائها، وإدارتها، وصيانتها من قبل القطاع الخاص، الذي قد يكون شركة خاصة واحدة، أو عدة شركات خاصة محلية أو عالمية، تعمل من خلال شركة المشروع، التي تتعهد بإنشاء وتنفيذ، وإدارة، وصيانة المشروع لفترة

---

(١) ملاحظة: سيتم ذكر التعريف من خلال ما هو متوفر في المراجع الأجنبية ذات العلاقة ثم محاولة ترجمة وإعطائه المفهوم اللغوي العربي.

(٢) UNIDO: B.O.T, Guide Lines for Infrastructure Development through, Build - Operate - Transfer (B.O.T) Projects 1996, page 3.

زمنية معينة هي فترة الامتياز الممنوحة من قبل الدولة المضيفة، وتمكن هذه الفترة شركة المشروع من استرداد ما تكبدته من تكاليف في المشروع، بالإضافة إلى تحقيق نسبة مرضية من الربح، بعدها تقوم شركة المشروع بنقل ملكية أصول المشروع للدولة المضيفة، وهي في حالة جيدة دون قيد أو شرط». عليه يركز التعريف السابق على عدة نقاط منها:

(١) إمكانية استخدام نظام B.O.T في المشروعات العامة أو الخاصة على حد سواء.

(٢) قصر عملية الإنشاء والتشغيل والإدارة والصيانة على شركة المشروع.

(٣) اختلاف أشكال الشركة المنفذة للمشروع فقد تكون شركة خاصة واحدة أو عدة شركات خاصة، وقد تكون شركة محلية أو شركة عالمية وساعتها يعد نظام B.O.T أحد نماذج إدارة الأعمال الدولية ويدخل ضمن نشاط الاستثمار الأجنبي المباشر(١) أو أحد نماذج الاستثمار الدولي والذي تعرف مشروعاته بأنها «تلك المشروعات المملوكة للأجانب سواء كانت الملكية عامة أم كانت بالاشتراك بنسبة مع رأس المال الوطني، بما يكفل لها السيطرة على إدارة المشروع(٢) أو هي الأموال الأجنبية (حكومات ـ أفراد ـ شركات) التي تنساب إلى داخل الدولة المضيفة بقصد إقامة مشاريع تملكها الجهة الأجنبية وتأخذ عوائدها بعد دفع نسبة من هذه العوائد، وضمن شروط يتفق عليها مع الدولة المضيفة(٣).

---

(١) النجار (فريد): إدارة الأعمال الدولية والعالمية استيراتيجيات الشركات عابرة القارات الدولية ومتعددة الجنسية والعالمية، الدار الجامعية بالإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص١٢.

(٢) عبد الله عبد (محمد عبد العزيز): الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول الإسلامية في ضوء الاقتصاد الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ٢٠٠٥ م، ص١٨.

(٣) برتان (جيل): ترجمة علي مقلد، الاستثمار الدولي، منشورات غويدات، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٢ م، ص١١.

وهي أيضاً ممارسة المال الأجنبي لنشاط في بلد آخر سواء كان ذلك في مجال الصناعة الاستخراجية أو التحويلية، بحيث يرافق هذا النوع من الاستثمار انتقال التكنولوجية والخبرات التقنية إلى البلد الآخر، من خلال ممارسة السيطرة والإشراف المباشر على المشروع. مع ملاحظة أنه ليس بالضرورة أن يكون نظام B.O.T أجنبياً في كل حالته، ولكنه قد يكون نظام استثمار محلي في حالة قيام شركات داخلية بتطبيقه.

(٤) تعمل شركة المشروع داخل الدولة المضيفة من خلال استخدام حق الامتياز الممنوح لها، ولمدة تسمح باسترداد الشركة لكافة تكاليف الاستثمار مع تحقيق عائد مجزي لها.

(٥) عند انتهاء فترة الامتياز يتعين على شركة المشروع نقل ملكيته إلى الدولة على أن تكون الحالة التشغيلية للمشروع جيدة وينطبق عليها معايير الجودة والسلامة والتشغيل والصيانة المحددة مسبقاً من قبل الأطراف المعنية بالمشروع.

* * *

المبحث الثاني
الأطراف الرئيسية لنظام B.O.T ومجالاته ومراحله

يتميز نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية بكثرة وتعدد الجهات والمؤسسات المشتركة في إتمامه، وتنفيذ المشروعات المنفذة بواسطته، والتي قد يصل عددها إلى عشرات الجهات والمؤسسات، تبدأ بالدولة المضيفة وشركات المقاولة والتوريد والتمويل وغيرهم الكثير. لذلك ربما يكون من المناسب تمثيل هذه الجهات العديدة بطرفين فقط. الطرف الأول الدولة المضيفة، الطرف الثاني الشركة المنفذة للمشروع.

الطرف الأول: الدولة المضيفة:

تعتبر الدولة في نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية طرف رئيسي في العقد، حيث تُمثل الطرف المضيف للمشروع، وذلك لأنها صاحبة المشروع المزمع إنشائه وتشغيله، ويحتوي مضمون الدولة على العديد من الأطراف المحلية المشتركة والمعنية بتنفيذ المشروع بدءاً من الوزارة المختصة بالمشروع أو المرفق العام الذي سينشأ، والوزارات ذات العلاقة بالمشروع وإنتهاءً بمجلس الوزراء الذي يتعين أخذ موافقته على إنشاء المشروع بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية. بالإضافة إلى كافة الجهات الإدارية والتشريعية والاستثمارية والاقتصادية بالدولة التي يتعين عليها تذليل أي عقبات قد تواجه شركة المشروع أثناء إنشائه أو تشغيله أو إدارته، والجهات التي يتعين عليها مراقبة ومتابعة شركة المشروع، والجهات المختصة بتدريب العمالة المحلية وتأهيلها لإدارة المشروع بعد نتهاء الممنوحة للشركة.

تتعامل الدولة المضيفة مع المستثمر بنظام البناء والتشغيل ونقل المليكية مباشرةً، ودون تدخل أو إقامة علاقات مع أطراف أخرى، كالشركات الخاصة بتمويل المشروع، أو توريد مستلزماته، أو الشركات

التكنولوجية، أو شركات النقل والصيانة والإدارة. فجميع هذه الأطراف تعد أطرافاً ثانوية بالنسبة للدولة المضيفة، وبالرغم من كونها ذات علاقة وثيقة به، ورغم أهميتها ودورها في تنفيذه وتشغيله، ولكن يخرج نطاق التعامل معها عن الدولة المضيفة، وينحصر التعامل مع هذه الأطراف مع المستثمر بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية أو ما يطلق عليه اسم شركة المشروع. وتظل العلاقة التعاقدية في مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية منحصرة بين الدولة ومستثمر B.O.T أو شركة المشروع.

ووفقاً لهذه العلاقة يترتب على الدولة المضيفة تقديم التالي:

أولاً: أرض المشروع وهي محل إقامة المشروع أو المكان الذي سيقام عليه المشروع، والذي قد يكون مساحة برية، أو مساحه بحرية، أو مساحة جوية.

ثانياً: حق الامتياز الذي بموجبه تنتفع شركة المشروع بالأرض المقدمة من الدولة، وتبدأ في تنفيذ المشروع وبنائه وتشغيله وإدارته.

ثالثاً: الضمانات التشريعية والقانونية الكفيلة بحماية ورعاية الاستثمار الأجنبي على أرضها، آخذة في الاعتبار المصالح الوطنية والقومية والاقتصادية العليا للدولة(١).

الطرف الثاني: الشركة المنفذة للمشروع:

هي الشركة التي تقوم بتمويل وبناء وتشييد وتشغيل وإدارة المشروع، حسب الاتفاق المبرم مع الدولة صاحبة المشروع. وتُعنى الشركة المنفذة للمشروع بجوانب كثيرة عند اتخاذها قرار الاستثمار بنظام B.O.T وتمويل مشروعات البنية الأساسية التي تتكلف نفقات مالية باهظة. وحتى تقبل تنفيذ المشروع، فإنها تطالب الدولة المضيفة بضمانات فعلية، تكفل لها تحقيق عائد كبير من المشروع، يغطي النفقات التي أنفقها،

(١) السامرائي (دريد محمود): الاستثمار الأجنبي المعوقات، والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، ٢٠٠٦ م، ص٢٥١ ـ ٢٥٣.

ويتبقى لها نصيب كافي من الأرباح. وأخيراً تتدخل أطراف عديدة في تنفيذ اتفاقات B.O.T، الأمر الذي يجعل هذه الاتفاقات أكثر تعقيداً[(١)].

بصورة إجمالية يُمكن القول: إن الشركة المنفذة للمشروع، هي الشركة التي تتولى مسؤولية تمويل وبناء وتشغيل وإدارة مشروع عام محدد حسب الاتفاق المبرم مع الدولة صاحبة المشروع.

قد تكون الشركة المنفذة محلية (قطاع خاص) أو عالمية، وقد تكون تضافراً لمجموعة من الشركات المحلية والعالمية ومتعددة الجنسية، وقد تكون شركة واحدة أو عدة شركات، ويمكن أن تنفصل الشركة المنفذة للمشروع عن المؤسسة التي تمول المشروع وهنا يكون لدينا طرفان:

أ ـ المؤسسة التمويلية للمشروع:

هي مجموعة الشركات الخاصة، أو الشركات متعددة الجنسيات، أو هو ما يطلق عليه ائتمان المساهمين[(٢)] ـ وتعني مساهمة القطاع الخاص في التمويل بالإضافة إلى مساهمة الحكومة ـ وتسعى المؤسسة التمويلية للمشروع إلى:

- القيام بعمل دراسة جدوى فنية، ومالية قبل الشروع بالاتفاق على المشروع لبيان مدى الجدوى الاقتصادية والفنية.
- تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح.
- إحكام الرقابة على القرارات الأساسية المرتبطة بتشغيل المشروع.
- الحد من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المشروع.
- ضمان حقوقها في المشروع في حالة الإخفاق أو حدوث ظروف طارئة.

---

(١) عبد اللطيف: التطورات المعاصرة للمرافق العامة الاقتصادية، ص١٢١ ـ ١٢٤.

(٢) سري الدين: الفلسفة التمويلية والتعاقدية لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، ص ١٧.

- أخذ الضمانات الكافية لسهولة تحويل أرباحها بالعملات العالمية المرغوبة.
- الحرص على أخذ الضمانات والرهونات الكافية لحماية حقوقها في المشروع.
- التركيز على العوائد المتدفقة من المشروع بعد تشغيله حتى يتم تغطية التكاليف التي تكبدتها المؤسسة التمويلية وتحقيق ما تصبو إليه من عوائد جراء الاستثمار في تلك المشروعات.

ب ـ شركة المشروع:

هي شركة تتكون من أجل المشروع فقط، ويكون تعامل المؤسسة التمويلية معها مباشرةً، ذلك لأن التركيز يكون على أصول المشروع وليس صاحب المشروع، ويتم سداد ما تم إنفاقه في المشروع والأرباح المطلوبة من التدفقات النقدية التي سيدرها تشغيل أصول شركة المشروع، لذلك نجد أن هدف شركة المشروع يتبلور في تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح بأقل تكلفة ممكنة، مع الاحتفاظ بأكبر قدر من السيطرة على القرارات الفعالة في تشغيل المشروع، والعمل على نقل عدد من مخاطر المشروع إلى الأطراف الآخرين (الدولة والمؤسسات التمويلية) كما تسعى شركة المشروع للسيطرة والاحتفاظ بأصول المشروع لأطول فترة ممكنة. هذه الفترة هي فترة حق الامتياز المعطى لها من قبل الدولة، تلك الفترة يتم حسابها بدقة بالغة حتى تتمكن الشركة من سداد ما عليها من التزامات مالية، بعدها يتم نقل ملكية الشركة إلى الدولة وتستحق الأخيرة عوائد المشروع دون سواها. من الملاحظ تعدد الأطراف التي تتعامل معها شركة المشروع سواء بالنسبة للاستشاريين الفنيين، والماليين، والقانونيين الذين يقومون بتحضير الاتفاقيات بين شركة المشروع والدولة المضيفة وبين شركة المشروع والجهات الممولة لها بالإضافة إلى أطراف عقود التشييد، وعقود التوريد، وعقود التشغيل والصيانة، وعقود المساهمين، والضامنون، وأطراف اتفاقيات سياسة التأمين، وعقود القروض من البنوك المختلفة (في حالة تمويل المشروع

من خلال الاقتراض من عدة مصارف) وغيرهم من الأطراف المتعددة ذات العلاقة المتداخلة والمتشابكة مع شركة المشروع.

مجالات استخدام نظام B.O.T:

يطبق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T في مشروعات البنية الأساسية التي تتميز بكونها مشروعات مدرة لعائد مستمر، من شأنه تمكين شركة المشروع من استرداد رأس المال المستثمر، وتحقيق عائد مرضي نظير المخاطرة والتمويل وهناك العديد من المشروعات التي تتوافر بها هذه المواصفات ومنها: مشروعات البنية الأساسية، المجمعات الصناعية، تنمية أراضي الدولة.

تقوم الحكومة باللجوء إلى نظام B.O.T لما يحققه لها من مزايا في تخفيف العبء التمويلي والإداري عن الحكومة طيلة فترة الامتياز، وأهم المجالات التي تقوم الحكومة باستخدام عقود B.O.T فيها هي:

(١) **مشروعات البنية الأساسية**: المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية التي تحقق عائداً اقتصادياً والتي يتعين عليها الاضطلاع بها، ولكن نظراً لعدم قدرة الحكومة على تمويل تلك المشروعات من إيراداتها العامة فإنها تعهد بها إلى القطاع الخاص، نظير تحقيق عائد معقول، ومن أمثلة ذلك مشروعات الطرق، الكباري، المطارات، محطات القوى الكهربائية، السكك الحديدية وشبكات الاتصالات.

(٢) **المجمعات الصناعية**: حيث تعهد الحكومة إلى القطاع الخاص بتمويل وإنشاء وإدارة هذه المجمعات عن طريق عقد امتياز يحصل القطاع الخاص بموجبه على عائد المشروع خلال فترة زمنية معينة، وتنتقل بعدها ملكية هذه المجمعات إلى الحكومة بدون مقابل، إلا أن هذا النوع من المشروعات قليلاً ما تلجأ إليه الحكومات في الوقت الراهن ربما لقدرة الحكومات على إنشاء هذا النوع من المشروعات، ورغبتها في توجيه القطاع الخاص نحو مشروعات البنية الأساسية بشكل خاص. ومن أمثلة ذلك مصانع الكيماويات والورق والألمنيوم.

(٣) تنمية واستغلال الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة (الدومين الخاص): بحيث يشبع إنشاء هذه المشروعات بطريق B.O.T حاجة عامة للمواطنين، ويساعد في تنظيم العائد من استغلال أملاك الدولة الخاصة.

ومن أمثلة ذلك مشروعات التخطيط، ومشروعات استصلاح الأراضي البور أو الأراضي الصحراوية.

مراحل تنفيذ مشروعات الـ B.O.T:

يمر تنفيذ مشروعات البنية الأساسية الممولة بنظام B.O.T بثلاثة مراحل زمنية أساسية، ويقتضي إتمام وتنفيذ كل مرحلة من المراحل السابقة القيام بمجموعة من الأعمال والتصرفات القانونية التي تتضمن عدداً مختلفاً من الأطراف، وهذه المراحل هي: المرحلة التحضيرية للمشروع، مرحلة تنفيذ المشروع، مرحلة انتهاء فترة الامتياز ونقل المشروع للدولة.

* * *

المبحث الثالث

الآثار الاقتصادية الإيجابية لنظام الـB.O.T

يعد نظام B.O.T نظام حديث التطبيق في عالم الاستثمار والتمويل، بالرغم من مرور أكثر من قرنين تقريباً على ابتكار الغرب له، ولكن حداثة تطبيقه تعد قياساً على طول عمر صيغ الاستثمار والتمويل التقليدية والتي لها عشرات القرون من التطبيق، وقد يستخدم نظام B.O.T من قبل مطبقيه على أنه أداة استثمارية، أو أنه أداة تمويلية. فنجد الدولة المضيفة لمشروعات B.O.T تتعامل معه من منطلق أنه نظام تمويلي يسد حاجتها للتمويل والتكنولوجيا والإدارة، بينما يتعامل معه الطرف الآخر المنفذ للمشروع أو الممول له على أنه أداة استثمارية يرجى منه عوائد مستقبلية من شأنها إعادة رأس المال المستثمر بالإضافة إلى الأرباح المرجوة من الاستثمار. لذلك يعد نظام B.O.T صورتين لشيء واحد، أو وجهان لعملة واحدة. أحدهما وجه استثماري يقدم للاقتصاد قيمة حقيقية مضافة وآثار إيجابية مباشرة من خلال زيادة تشغيل العمالة والتأثير على ميزان المدفوعات، وتحقيق التسعير العادل للخدمات العامة، والأثر على سوق المال والتنمية المستدامة، ويقدم للمستثمر عائداً مجزي، والوجه الآخر تمويلي يُعطي للممول عوائد تفوق مخاطر التمويل، ويؤمن له طرق استرداد رأس المال. وفي ما يلي بيان بعض من ذلك من خلال التعرض للنقاط التالية:

النقطة الأولى: أثر مشروعات الـB.O.T على العمالة.

النقطة الثانية: أثر مشروعات الـB.O.T في تطوير سوق المال.

النقطة الثالثة: أثر مشروعات B.O.T في التنمية المستدامة.

النقطة الأولى: أثر مشروعات B.O.T على العمالة.

تسعى الدول المضيفة لاجتذاب الاستثمار بنظام B.O.T أملاً في

تحقيق عوائد كثيرة منها الحد من مشكلة البطالة فقامت بفتح الباب أمام هذه الاستثمارات من خلال ما انتجهته من قوانين وسياسات مشجعة له على أمل خلق فرص جديدة للعمل، بالإضافة إلى كل ما يرتبط بهذه الفرص من مكاسب. وجدير بالذكر أن الدولة المضيفة قد وضعت في اعتبارها عدداً من آثار B.O.T على العمالة الوطنية منها:

(١) إن وجود الاستثمار بنظام B.O.T بكونه استثماراً مباشراً حقيقياً يؤدي إلى خلق علاقات تكاملية بين أوجه النشاط الاقتصادي في الدولة[١] من خلال تشجيع المواطنين على إنشاء مشاريع لتقديم الخدمات المساعدة واللازمة لشركة المشروع، مما يؤدي إلى زيادة عدد المشاريع الوطنية الجديدة وتنشيط صناعات أمامية وخلفية ينشأ عنها خلق فرص جديدة للعمل.

(٢) إن أداء شركة المشروع للضرائب المستحقة على أرباح الشركة يؤدي إلى زيادة عوائد الدولة والتي تؤدي بدورها إلى زيادة تَمكّن الدولة من التوسع في إنشاء مشاريع استثمارية مختلفة وبالتالي خلق فرص عمل جديدة[٢] . . .

(٣) إن التوسع والانتشار الجغرافي لاستثمارات B.O.T في الدولة يؤدي إلى خلق فرص عمل جديدة في المناطق التي ينزح إليها.

لكن هذا الأثر الذي تنتجه مشروعات B.O.T على العمالة يتفاوت بشكل ملحوظ من دولة إلى أخرى بحسب الأسلوب الذي تنتهجه شركات الاستثمار في تلك الاقتصاديات، فيُمكن ملاحظة زيادة حجم العمالة في مجالات معينة وانخفاضها في مجالات أخرى[٣]. فمما لا شك فيه أن أي مشروع يتطلب توليفه معينة من عناصر الإنتاج، تختلف

---

(١) عبد الله عبد: الاستثمار الأجنبي المباشر، مرجع سابق، ص ١٠٤

(٢) هندي (منير إبراهيم): أساليب وطرق خصخصة المشروعات العامة، خلاصة الخبرات العالمية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، إدارة البحوث والدراسات، ١٩٩٥ م، ص٣٠.

(٣) عبد الله عبد: الاستثمار الأجنبي المباشر، مرجع سابق، ص ١٠٥.

باختلاف الفن الإنتاجي المُستخدم كما تختلف من صناعة إلى أخرى وطبقاً للمدى الذي تعمل فيه المشروعات[1].

النقطة الثانية: أثر مشروعات B.O.T على سوق المال:

كيف يمكن لمشروعات B.O.T أن تساعد في تنمية وتطوير سوق رأس المال؟ وكيف تؤثر فيه بشكل مباشر وغير مباشر؟ للإجابة على هذا السؤال يجب التأكيد على أن تحقيق سوق رأس المال لهدفه الأساسي، إنما يعني تحقيق التقدم والرخاء الاقتصادي الأمر الذي يتطلب أن تكون هناك قاعدة صناعية جيدة، ومنشآت إنتاجية حقيقية تقوم بالإنتاج الاقتصادي التقني العالي الجودة الذي يعمل في مجمله على تحقيق التشغيل الكامل للاقتصاد القومي، ولا يغفل دور الترابط والتشابك الإقليمي والعالمى، مثل هذه القاعدة الصناعية القوية لا بد وأن تبدأ بمشروعات البنية الأساسية الجيدة، ذات المواصفات القياسية العالمية، وهو الشأن الذي يتحقق في مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية، وكافة صوره المختلفة أما سوق رأس المال الذي يقوم على المنشآت التي يضطلع معظمها بمهمة استيراد السلع للاتجار فيها، أو الذي يقوم على منشآت تمارس أنشطة صناعية ثانوية، فقد لا يكون الأداة الملائمة لتحقيق الرفاهية والرخاء المنشودين. لهذا نجد أن دخول السوق الأولى لتمويل مشروعات البنية[2] التحتية، باستخدام وحدات صناديق الاستثمار، وطرح حصص وثائق الاستثمار للاكتتاب العام، على أن تستخدم حصيلة الاكتتاب في تمويل المشروعات بنظام B.O.T، والاستفادة بحق الامتياز الممنوح من الدولة، وبذلك تساعد تلك المشروعات في توفير فرص لمشاركة صغار المستثمرين في مشاريع قومية كبيرة ما كان لهم أن يستثمروا فيها فرادى، فضلاً عن توزيع المخاطر على عدد كبير من

---

(١) المرجع نفسه، ص١٠٦.

(٢) المرطان (سعيد بن سعد): تجربة البنك الأهلى التجارى في تعبئة المدخرات لتمويل مشاريع البنية الأساسية التحتية بصيغ إسلامية، ورقة مقدمة إلى ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي في تمويل المشروعات الاقتصادية، «١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م»، ص ١٥.

المساهمين، وكذلك إعادة توزيع الدخول الخاصة بعوائد المشروع. لذلك فقد يظهر أثر مشروعات B.O.T على زيادة نشاط وحركة سوق إصدار الأوراق المالية خاصة إذا كانت المؤسسة التمويلية للمشروع من القطاع الخاص المحلي.

تؤثر مشروعات B.O.T على زيادة حركة ونشاط السوق الأولى للأوراق المالية في المدى البعيد عند استرداد الدولة للمشروع، أي: بعد انتهاء فترة الامتياز. وعند هذه النقطة يثور التساؤل حول مدى إمكانية الدولة في استخدام مشروعات البنية الأساسية الممولة بنظام B.O.T كأداة تمويلية لمشروعات أخرى جديدة؟(١) حيث يمكن للدولة أن تقوم بتمويل المشروع العام الذي استردته من شركة المشروع إلى أوراق مالية تطرح للاكتتاب العام وتحويل شركة المشروع إلى شركة مساهمة، ويمكن استخدام حصيلة الاكتتاب في تمويل مشروعات أخرى، على أن يتم سداد عوائد الأوراق المالية من العوائد التي يدرها المشروع العام وهكذا تعمل مشروعات B.O.T كأداة تمويلية لغيره من المشروعات الاقتصادية في المدى البعيد، كما أنها تعمل على زيادة نشاط السوق الأولى عند طرحها للاكتتاب بعد انقضاء فترة الامتياز.

أما عن أثر تلك المشروعات في السوق المحلية والسوق العالمية للأوراق المالية(٢)، فيظهر من خلال معرفة أن السوق المحلية تلك السوق التي تتداول فيها الأوراق المالية للمنشآت والهيئات في الدول التي يوجد بها السوق. أما السوق العالمية فهي تلك السوق التي يسمح فيها بتداول أوراق مالية لمنشآت أو هيئات في دول أخرى، أو بمعنى آخر تلك السوق التي يسمح فيها لأي مستثمر مهما كانت جنسيته أن يتعامل شراءً وبيعاً في الأوراق المالية التي تصدرها منشآت وهيئات

---

(١) الجزيري (خيري علي): التمويل الدولي، مطبعة جامعة القاهرة، والكتاب الجامعي، التعليم المفتوح، بدون ناشر، بدون تاريخ، ص ١٢ ـ ١٥.

(٢) المعولي (أحمد علي بن أحمد): التخصيص، قصة نجاح عمانية، بحث مقدم ضمن دورة تدريبية حول نظام B.O.T برعاية البنك الإسلامي للتنمية، السودان، ٢٠٠٢ م، ص ١٠.

محلية، بحيث يكون هناك تواجد لمستثمرين وأوراق مالية من دول أخرى، داخل سوق المال المحلية.

إن السماح بتداول أوراق مالية لمنشآت وهيئات أجنبية في السوق المحلية له من المزايا التي لا يمكن إغفالها، ذلك أن تداول مثل تلك الأوراق يسمح للمستثمر - الذي قد يكون شركة استثمارية، أو مؤسسة - بأن يشكل محفظة ذات تنويع دولي، تكون فيها المخاطر عند حدها الأدنى، يضاف إلى ذلك أن تداول تلك الأوراق وما يصحبه من ضرورة متابعة المعلومات المنشورة عنها، يعني إضافة المزيد من الخبرة والمعرفة التي تسهم في تطوير السوق المحلي، لذلك قد يكون من المناسب السماح لمؤسسات التمويل الدولية طرح الاكتتابات الخاصة بمشروعات محلية داخل السوق المالي المحلي، وربط هذه الإصدارات بشرط تمويل مشروعات محلية فقط، وبذلك يتم تجميع المدخرات المحلية، وتوجيهها نحو الاستثمارات القومية للاستفادة بها داخل المجتمع، بأيدي وخبرة أجنبية لها باع طويل في تمويل وإنشاء وإدارة مثل تلك المشروعات، الأمر الذي من شأنه إضفاء الثقة على تلك المشروعات، للثقة المتواجدة في المتعاملين بها، وبذلك تسهل الدولة على مؤسسات التمويل الحصول على الأموال التي تمول بها مشروعات البنية الأساسية، وتشجع على الاستثمار الأجنبي المقيد داخل الدولة، حيث تتميز أسواق المال في الدول النامية خاصة بتوافر رؤوس أموال جبانة وضعيفة، لا تقوى على مواجهة الاستثمار بمفردها، فضلاً عن التجارب العديدة الفاشلة التي خاضتها مع الاستثمار المحلي، والممارسات غير الأخلاقية التي من شأنها زعزعة ثقة المتعاملين. لذلك قد لا تثق هذه الأموال في المستثمرين المحليين الثقة الكافية، التي تدفع بها إلى الاستثمار بأيدى محلية، ولكن في ظل وجود مستثمر أجنبى. قد أثبت نجاحاً وكفاءة في دولته، قد تخرج هذه الأموال إلى النور، طالما كانت تحت الإشراف والإدارة والاستثمار الأجنبي، وتعمل داخل الدولة، تحت إطار مؤسسي حكومي في الدولة المضيفة، وعلى أن تقوم بيوت ومؤسسات متخصصة بمهمة الإصدار، والتي يطلق عليها بنوك الاستثمار، فإن اضطلاع بنك

الاستثمار ـ بوصفه بنكاً متخصصاً ـ بالمهمة يزيد من ثقة المتعاملين، وذلك على أساس أن قبول البنك تولى مهمة الإصدار لمؤسسة أجنبية أو خاصة، هو بمثابة شهادة صدق عن المعلومات المتاحة عن الإصدار، وأن تسعير الورقة المالية (أسهم ـ سندات ـ وحدات صناديق استثمار . . .) ليس فيه مغالاة، يضاف إلى ذلك أن اضطلاع بنك الاستثمار بالمهمة يعني وجود مرونة في شأن شروط الإصدار. الأمر الذي من شأنه تحقيق الأهداف المنشودة على كافة الأصعدة المختلفة.

أما بالنسبة للسوق الدولية التي يسمح فيها للأجانب بالتعامل في أوراق مالية لمنشآت وهيئات محلية، فقد لا يكون هناك اعتراضاً عليها، ولكن ينبغي أن يكون ذلك في ظل تشريع، يقوم على سياسة عامة ومستقرة ولا محل لتغييرها بين الحين والحين والتي يسمح بمقتضاها للأجانب بامتلاك حصص في رؤوس أموال المنشآت المحلية، وقد يكون من الملائم أن ينص التشريع على حد أقصى للحصة التي يمكن أن يمتلكها المستثمر الأجنبي في رأسمال منشأة معينة أو مرفق معين أو في قطاع معين، وبذلك يمكن للمستثمر المحلي أن يشترك مع المستثمر الأجنبى في تمويل مشروعات البنية الأساسية بضوابط وقيود معينة. وتعد ذلك وسيلة مناسبة لتوفير الأموال اللازمة بالنسبة للقطاع الخاص المحلي، القطاع الأجنبي لتمويل مشروعات B.O.T باستخدام رؤوس أموال مشتركة، وليست أجنبية مطلقة، على أن يتم التفاوض بعد ذلك في فترة الامتياز الممنوحة للشركة، أو تخفيض الامتيازات الممنوحة لشركة المشروع من قبل الدولة المضيفة، وعلى أن تتحمل شركة المشروع تكلفة الأموال التي تم تجميعها من سوق المال المحلي.

النقطة الثالثة: دور الاستثمار بنظام B.O.T في التنمية المستدامة وخدمة الأجيال القادمة

تؤثر مشروعات B.O.T تأثيراً إيجابياً على اقتصاد الدولة المضيفة من خلال ما تقدمه للتنمية المستدامة فيها، سواء كانت هذه الدولة دولة متقدمة أو دولة نامية. والتنمية المستدامة هي مصطلح حديث يقصد به

مدى وفاء الأنشطة الاقتصادية باحتياجات الجيل الحالي، دون التضحية بقدرة الأجيال القادمة على الوفاء باحتياجاتها[١] . . .وتهدف التنمية إلى إحداث التكامل بين البيئة والتنمية والتأثير على بعضهما البعض، وترسيخ المفهوم الحديث للبيئة بأنها الرصيد الأساسي للموارد الطبيعية المتاحة لمجتمع ما خلال فترة زمنية معينة للوفاء بالاحتياجات الإنسانية الحاضرة والمستقبلية. ويجب التعامل مع البيئة بما يضمن لنا وللأجيال المستقبلية أقصى استفادة ممكنة، ولذا يمكن تعريف التنمية المستدامة بأنها التنمية التي تلبي متطلبات الأجيال الحالية دون أن يكون ذلك على حساب الأجيال القادمة[٢] . . . فهي ضمان إستدامة العطاء. **ولكن كيف تخدم مشروعات** B.O.T الأجيال القادمة؟ وكيف تكون مشروعات B.O.T مصدر متجدد للملكية العامة للدولة؟ فلقد كشفت تجارب العديد من الدول، عن فشل منشآت الأعمال المملوكة للدولة في تحقيق الأهداف المنوطة بها، خاصة ما يرتبط منها بالتنمية الاقتصادية. وكان وراء ذلك العديد من الأسباب، في مقدمتها مركزية القرارات كذلك عدم وجود معايير موضوعية لتقييم الأداء في الوقت الذي تعمل فيه بعض من تلك المنشآت في مناخ احتكارى أو شبه احتكارى[٣]. نضيف سبباً ثالثاً للفشل، هو ضخامة حجم بعض منشآت القطاع العام وتنوع نشاطها، وتغطيتها لمناطق جغرافية شاسعة، ولمواجهة تلك المشكلات وغيرها كان الاتجاه نحو الخصخصة، والتي يمكن تعريفها أنها إدارة المنشأة على أساس تجاري، من خلال نقل ملكيتها كليا أو جزئياً للقطاع الخاص، أو

---

(١) تطبيق مؤشرات التنمية المستدامة في بلدان الإسكوا، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الإسكوا)، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠١م - ص٤.

(٢) هايني (ستيفن شيمد): ترجمة علي حسين حجاج، مراجعة مهندس محمد موفق الصقار، تغيير المسار، منظور عالمي للأعمال التجارية والصناعية حول التنمية والبيئة، دار البشير للنشر والتوزيع، ١٩٩٦ م، ص٣١ - ٣٣.

(٣) هندى (منير إبراهيم): أساليب وطرق خصخصة المشروعات العامة (خلاصة الخبرات العالمية)، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، إدارة البحوث والدراسات، ١٩٩٥م، ص٤ - ٥.

تأجير خدمات إدارة محترفة تضطلع بمهمة تسيير المنشأة على هذا الطريق[(١)].

فلقد تضمن البرنامج تحويل مشروعات وأنشطة القطاع العام إلى القطاع الخاص، وبنجاح التجربة البريطانية توالت برامج الخصخصة في مختلف الدول. ووفقاً لإحصاءات البنك الدولي، فقد بلغ عدد الدول التي بدأت في تطبيق برامج تحويل المشروعات والأنشطة العامة إلى القطاع الخاص، ما يزيد عن مائة دولة، ويبلغ عدد المشروعات التي تم خصخصتها في بعض الدول النامية إلى ٢١٦٤ مشروعاً حتى أوائل عام ٢٠٠٥م[(٢)]. وبفضل التجارب المتلاحقة لتطبيقها عالمياً أصبحت الخصخصة تياراً قوياً لم يعد هناك جدوى من مقاومته أو الوقوف ضده. ومن المؤكد أن للخصخصة العديد من الآثار الإيجابية على الاقتصاد القومي ولها من الآثار السلبية الكثير. منها ما قد ينجم عن عدم وجود الآليات والمعايير الاقتصادية والاجتماعية التي تنظم وتؤسس عمليات نقل الملكية، خاصة في الدول النامية، بالإضافة الى انخفاض كفاءة أسواق الأوراق المالية، وبنوك الاستثمار، وغياب الدراسات الدقيقة اللازمة لتقييم الأصول وتحديد الأسعار الأمر الذي من شأنه إهدار المال العام وبيع منشآت قطاع الأعمال العام بأقل من قيمتها الحقيقية، وبالتالي مضاعفة خسارة الدولة التي لم تتمكن من الاستفادة الكاملة من هذه المنشآت، ولم تحصل على ما يوازي قيمتها الحقيقية[(٣)]، ومن الأهمية بمكان النظر إلى ما آل إليه بيع شركات قطاع الأعمال العام، خاصة في الدول النامية، فهل تظل حصيلة أموال البيع مملوكة للشعب، فلا تحرم منها الأجيال القادمة، أم سيتم سداد الدين العام من هذه الحصيلة،

---

(١) (الريح) عبد الرحيم، مقال تحت عنوان استراتيجية الخصخصة في العالم، مجلة أبوظبي الاقتصادي، مجلة تصدر عن غرفة تجارة وصناعة أبوظبي/الإمارات العربية المتحدة، العدد (٣٢٠) شهر نوفمبر ١٩٩٨م.

(٢) الدسوقى (إيهاب)، التخصيصية والإصلاح الاقتصادي في الدول النامية مع دراسة التجربة المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م، ص١٠.

(٣) هندى (منير إبراهيم)، خصخصة المشروعات العامة، مرجع سابق، ص٢٠.

فتذهب الملكية العامة سدى، ويحرم منها أصحابها الحقيقيون. هذا فضلاً عن انقضاض رؤوس الأموال الأجنبية على معظم المؤسسات الاقتصادية القومية، بحكم ما تمتلكه من قدرات مالية وخبرات فنية، ومهارة في إدارة هذه المؤسسات في مواجهة ضعف وضآلة القطاع الخاص، وقلة الخبرات الوطنية اللازمة لشراء المنشآت المراد خصخصتها، مما يزيد من السيطرة على المنشآت والمؤسسات المحلية ويرفع يد أصحاب الدولة ليدعم ويقوي أيدي أصحاب رؤوس الأموال الأجنبية على المنشآت العامة بها، لا سيما الحيوية منها، الأمر الذي من شأنه أن يهدد ويزعزع سيادة الدولة على منشآتها، بقدر إحكام السيطرة الأجنبية على تلك المنشآت لعقود زمنية طويلة.

إن إنشاء المشروعات العامة بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T قد يكون أحد صور الخصخصة. ولكنها خصخصة مقيدة بفترة زمنية معينة. وبشروط معينة وطبقاً لمواصفات توضع من قبل الدولة. وتتلاشى مشروعات B.O.T العديد من الآثار السلبية السابقة الموجودة في صور الخصخصة التقليدية. فحينما تتجه الدولة نحو نقل ملكية مشروع عام إلى القطاع الخاص فإنها تعمد إلى بيع أسهم رأس مال المشروع العام (القائم بالفعل) إلى القطاع الخاص[١]، وهي في سبيلها لذلك تبيع مشاريع موجودة بالفعل، ولا تمثل حصيلة البيع إضافة للاستثمارات القائمة، بل ربما تتوزع هذه الأموال في العديد من الاستخدامات المختلفة كسداد جزء من ديون الدولة وفوائده أو تقديم الدعم إلى الطبقة المحتاجة، والقيام ببعض الأعمال الإصلاحية في هيئات ومؤسسات عامة أخرى . . .إلخ وهكذا تذهب الأموال الناتجة عن عملية الخصخصة دون إضافة أصول حقيقية لها صفة الديمومة بل معظمها استخدامات محددة ومحدودة مع الأخذ في الاعتبار تناقص الممتلكات العامة للدولة.

(١) الإسلامبولي (أحمد محمد)، الجوانب الشرعية والاقتصادية للأوراق المالية المتداولة في أسواق المال، رسالة ماجستير غير منشورة، معهد الدراسات الإسلامية، القاهرة، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، ص ٨٤.

فبالإضافة إلى أن ما يذهب من أملاك هو صلب الاقتصاد الوطني كمشروعات الكهرباء، المياه، المطارات، الطرق، السكك الحديدية، الموانئ. . .إلخ.

هكذا تزحف الخصخصة على العمود الفقري للاقتصاد القومي وهو الأمر الذي يزعج العديد من الاقتصاديين والمحللين الذين ينددون بالخصخصة ومساوئها وأثرها على الاقتصاد القومى في التفريط في الممتلكات العامة، وعدم مقابلة ذلك بإنشاء مشروعات استثمارية أخرى من حصيلة بيعها مما يعرض حقوق الأجيال القادمة للضياع، ويعرض ثروة الدولة من المنشآت العامة إلى التضاؤل شيئاً فشيئاً حتى تتلاشى الممتلكات العامة بمرور الزمن، الأمر الذي يضع الكثير من الحكومات للمساءلة من قبل شعوبهم، لتقديم مبررات مقنعة للتفريط في القطاع العام وحقوق الأجيال القادمة. وتأتي مشروعات B.O.T لرفع الحرج عن تلك الحكومات، وتقديم حل قد يكون هو الحل الأمثل للحفاظ على حقوق الأجيال الحالية وحقوق الأجيال القادمة، وبناء عمود فقري جديد للاقتصاد القومى بمرور فترة من الزمن. هي فترة الامتياز المخصص لكل مشروع من مشروعات البنية الأساسية المقامة بنظام B.O.T.

يتعين إذاً على الدولة ضرورة التنسيق بين تطبيق برامج الخصخصة، وبين إنشاء مشروعات البنية الأساسية بتمويل B.O.T، بحيث لو قامت الدولة ببيع الهيئة العامة للنقل مثلاً وتحويلها إلى شركة مساهمة، فعليها أن تقوم على الطرف الآخر بالاتفاق على إنشاء مشروع يتعلق بالسكك الحديدية والطرق باستخدام نظام B.O.T، وهكذا تكون قد باعت مشروع اليوم وامتلكت مشروعاً أكثر تطوراً منه بعد فترة من الزمن، وهكذا يتم تلاشى الآثار السلبية للخصخصة أول بأول، ويتم الحفاظ على حقوق الأجيال القادمة ليجدوا ما وجد أباؤهم من أملاك عامة تحت سيطرتهم، تخصهم وتخص دولتهم وبذلك نعيد للقطاع العام توازنه، فخصخصة مشروعات عامة لا بد وأن يقابلها التعاقد على مشروعات بنظام الـB.O.T.

ومن الجدير بالذكر أن جمهورية مصر العربية قد صاحبها التوفيق في إحداث هذا التوازن، حيث تزامن التوسع في تطبيق برامج

الخصخصة، التوسع في إنشاء مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.T حفاظاً على حقوق الأجيال القادمة، وحفاظاً على استمرار سيادة الدولة وسيطرتها على المشروعات القومية بها، ومن أمثلة ذلك إنشاء مشروع مترو الأنفاق بنظام B.O.T وبتمويل فرنسي أعقبه بفترة تخصيص هيئة النقل العام.

كما يجب التنبيه إلى أن ما سيترك للأجيال القادمة من مشروعات عامة ستكون مختلفة عما سبق. ذلك لأن مشروعات B.O.T تتسم بالجودة والكفاءة، واستحداث التكنولوجيا العالية والتي ما كانت لتطبق في مشروعات البنية الأساسية عالية لولا تواجد نظام B.O.T الأمر الذي يمكن أن يعد ضرورة لتجديد مشروعات القطاع العام كافة. **وبذلك يمكن القول: إن مشروعات** B.O.T آلية من آليات التنمية المستدامة.

***

المبحث الرابع
الآثار السلبية لتطبيقات نظام B.O.T

يجب التفرقة بين نظام B.O.T كنظام استثماري تمويلي له آثار إيجابية على الاقتصاد، وبين الممارسات المنحرفة لتطبيقه، والتي تتجسد وتظهر بصورة واضحة عندما تكون فترة الامتياز طويلة، تصل إلى ٩٩ سنة الأمر الذي يظهر العديد من السلبيات منها:

(١) حرمان الدولة من الاستفادة بخير مواردها مدة طويلة من الزمن. بالإضافة إلى خروج الثروات الاقتصادية للخارج في صورة مدفوعات للخارج.

(٢) ثغرة التجديد حيث نجد أن بند إمكانية تجديد حق الامتياز الذي قد يتواجد في العديد من اتفاقيات B.O.T لصالح شركة المشروع يمثل ثغرة خطيرة لاستنزاف موارد الدولة دون مقابل، ذلك لأن السؤال الذي يطرح نفسه هو أن مقابل حق الامتياز الممنوح لأول مرة كان ذات المشروع وعينه، بينما لم يتم التطرق إلى المقابل الذي تحصل عليه الدولة من جراء منحها المستثمر فترة امتياز جديدة، وهل هذا التجديد يتم في حالة توافر ظروف معينة[1] فقط مثل عدم تمكن شركة المشروع

---

(١) مثال ذلك قيام المملكة العربية السعودية بتجديد فترة الامتياز الممنوحة لمؤسسة دله البركة مقابل إنشاء موقف للسيارات في مدينة الرياض والاستفادة من تشغيله لمدة سبع سنوات، ونظراً لإحجام السائقين من استخدام هذا الموقف (بسبب التساهل الحكومي في توقيع الغرامات المرورية على المخالفين) لم تتمكن المؤسسة المنفذة من تحصيل ما أنفقته فضلاً عن هامش الربح وقد استجابت الدولة أمام هذه الظروف وقامت بتمديد فترة الامتياز لمدة عامين حتى تتمكن الشركة من تعويض خسائرها وتحقيق قدر مناسب من الأرباح، يمكن الرجوع إلى:
=

من تغطية تكاليفها والأرباح المتوقعة خلال فترة الامتياز الأولى نتيجة لسوء تقديرات دراسة الجدوى؟ أم أنه يتم بناءً على رغبة المستثمر في ذلك؟.

استفادة الشركة المنفذة للمشروع بإعادة استثمار العوائد، فلو كانت العلاقة بين الشركة المنفذة والدولة المضيفة علاقة شراكة تستحق فيها الأخيرة حصة سنوية من الأرباح، وتمتنع عن استلامها حتى نهاية فترة الامتياز لتحصل على ذات المشروع وأصله، فخلال هذه الفترة الطويلة تقوم الشركة المنفذة بإعادة استثمار هذه الحصة والتربح منها، وبتطبيق فكرة العوائد المركبة يجعل القيمة الحقيقية التي تدفعها الدولة ويستفيد منها منفذ المشروع أضعاف مضاعفة، بالإضافة إلى أن استثمار العوائد يجعل من السهل استعادة الدولة للمشروع بسرعة.

١ ـ أثر التطور التقني والتكنولوجي على المشروع خاصة في الفترة القريبة لانتهاء حق الامتياز، فلن يتواجد دافع لدى شركة المشروع في إحلال التكنولوجيا الجديدة المتطورة محل الأخرى، ويتجسد ذلك بصورة ظاهرة عندما يتحقق للشركة المنفذة ما ترغبه من أرباح.

٢ ـ ضعف الناحية الأمنية بسبب خطورة ترك هذه المشروعات الهامة تحت أيدي أجنبية، الهدف الوحيد الذي يحكم آلية عملها هو تحقيق الأرباح الرأسمالية.

٣ ـ الآثار السلبية لفترات الامتياز طويلة المدى على الأجيال اللاحقة وحقوقها، حيث إن فترة امتياز قدرها تسع وتسعون سنة تمثل

= ـ عباس (نبيل محمد علي): تجربة المملكة العربية السعودية في مشاريع B.O.T. دورة تدريبية حول نظام الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T. الخرطوم، السودان، ٢٠٠٢م، صـ١٤ ـ ١٨.

ـ جاد الله (بشرى عبد الله): الهيئة القومية للكهرباء، دارسة تجربة السودان في تنفيذ مشروعات الكهرباء بمشاركة القطاع الخاص، بحث مقدم لدورة الخرطوم، السودان، ٢٠٠٢م، صـ١٩ ـ ٢٨.

ثلاثة أجيال مما يعني حرمان ثلاثة أجيال من امتلاك المشروع[١].

٤ ـ عند إجراء مقارنة بين تكلفة نظام B.O.T الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية على الدولة مقابل حصول الدولة على قروض لإنجاز المشروع والاستعانة بإدارة محترفة يظهر أن تكلفة الـB.O.T أعلى خاصة في ظل الممارسات الحالية له في التطبيق وضياع العدالة في توزيع الحقوق بين الدولة والشركة المنفذة لصالح الأخيرة بصورة مضطردة.

***

(١) سليم (محمد السيد): تأميم شركة قناة السويس، دراسة عملية في اتخاذ القرار، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٢م، ص١٩.

الفصل الثاني

نظام الـــ (B.O.T)

وعلاقته بالوقف الإسلامي وتخريجه الشرعي

إن نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T لم يكن غائباً كفكر في الإسلام، حتى عند الفقهاء القدامى، الذين كانوا يدرسون مسائل لم تقع بعد، استشرافاً للمستقبل، الأمر الذي أعطى الفقه الإسلامي الاستمرارية، والقدرة على مواجهة ما يستجد من نوازل وأقضية. لذا لم يكن الحكم على هذه الممارسة المعاصرة بمنأى عن فكر فقهاء المسلمين القدامى حتى يكون مستعصياً على علمائهم المعاصرين. وعلى ذلك فلعله من المفيد أن نتطرق إلى أهم الأفكار الموجودة في كتب التراث حول هذا النظام.

كما أن أحد الباحثين المعاصرين قد التفت إلى مسألة جديرة بالبحث والدراسة، مفادها أن نظام B.O.T يصلح أن يكون تطويراً غربياً لبعض أساليب تثمير أموال الوقف، وخص بالذكر تلك التي استحدثها الفقهاء المتأخرون، والتي تُعْرَفُ بالأساليب غير التقليدية. فقد بيَّنَ أن هذه الأساليب قد ظهرت منذ ما يزيد عن أربعمائة سنة، وأن الغرب في عصر ظلامه كان منبهراً بالحضارة الإسلامية المزدهرة، فلم يتردد في محاكاتها لبلوغ عصر التنوير، ولقد ثبت أنهم عرفوا الوقف ونقلوه إلى ممارساتهم وأدبياتهم باعتباره أحد أسرار المسلمين في التقدم واستمرارية العطاء. وبديهي أن يعتمد الغرب أساليب تثمير أموال الوقف ـ تقليدية وغير تقليدية ـ بل ويعمل على تطويرها، ودون النظر إلى الضوابط الشرعية التي لا تحكم سلوكه، وإذا علمنا أن B.O.T ظهر تطبيقه لدى الغرب منذ حوالي مائتي سنة، بدا أن فترة المائتي سنة السابقة لها تصلح أن تكون فترة حضانة لميلاد هذا النظام باعتباره تطويراً لها. وهذا التحليل يدعونا إلى النظر فيه، فنحتاج الى أن نتناول الوقف بالقدر اللازم

لأغراض هذه الدراسة، فنتعرض لمفهوم الوقف، وأنواعه، ومجالاته، وأساليب تثميره، وعلاقة ذلك بنظام B.O.T.

كما أن نظام B.O.T باعتباره أداة استثمار وتمويل أيضاً من وجهة نظر الطرف الآخر يحتاج إلى تخريج شرعي، من حيث الجواز ومن ثم لا نجد حرجاً في تطبيقه والاستفادة منه، أو المنع فلا يجوز العمل به وقتئذٍ، وهناك اجتهادات فردية، ومحاولات بقياسه على عقود شرعية كقياسه على عقد الإجارة، وعقد الاستصناع.

* * *

المبحث الأول
استشراف الفقهاء القدامى لنظام البناء
والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

تمتلئ كتب الفقه الإسلامي بالكثير من المنتجات المالية الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، خاصة إذا ما تم معالجتها وتطويرها لتتلاءم والمتغيرات الطارئة على البيئات المختلفة. وهو الأمر الذي تم ملاحظته من خلال البحث في الجذور التاريخية لنظام B.O.T، وتتبع نشأته وتطوره، لنخلص إلى افتراضين أساسين هما:

الفرضية الأولى: نظام B.O.T لم يكن غائباً عن فكر الفقهاء القدامى.

الفرضية الثانية: نظام B.O.T تطوير غربي لمنتجٍ اسلامي.

الفرضية الأولى: نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T لم يكن غائباً عن فكر الفقهاء القدامى:

سبق القول أن الفقهاء القدامى، كانوا يدرسون مسائل لم تقع بعد، استشرافاً للمستقبل، الأمر الذي أعطى الفقه الإسلامي الاستمرارية، والقدرة على مواجهة ما يستجد من نوازل وأقضية. لذا فليس بمستبعد أن نجد في ثنايا كتب الفقه القديمة تصورات لقدامى الفقهاء حول أقضية ونوازل نراها مستجدة، في أن لهم في فكرتها آراء وأحكام. من ذلك: فكرة البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T). فقد تناولت ثلاثة كتب قديمة هذه الفكرة، ويطيب للباحثة أن تعرض النصوص كما وردت من مصادرها، وفق التقسيم الآتي:

أولاً: ما ورد في مصنف ابن أبي شيبة.

ثانياً: ما ورد عنه في كتاب البيان والتحصيل.

ثالثاً: ما ورد في كتاب الذخيرة.

أولاً: ما ورد في مصنف ابن أبي شيبة[1]: حدثنا أبو بكر قال: حدثنا محمد بن أبي عدي عن ابن عون قال: كان محمد يكره أن يستأجر العرصة، فيبني فيها من أجرها. والعرصة: هي الأرض البيضاء أو البور، يستأجرها المستأجر، ولا يدفع شيئاً عند العقد، وتكون الأجرة متمثلة في البناء الذي يقوم بتشييده على هذه الأرض بعد أن ينتفع بسكناها لفترة من الزمن، ثم يرد الأرض والبناء للمؤجر بعدها، لتكون الأجرة هي القيمة الحالية للبناء عند تسليمه. وهذه الصورة لا تختلف عن الأرض التي تمنحها الدولة المضيفة (حق الامتياز) للشركة المنفذة للمشروع، لتقوم تلك الشركة ببناء المشروع، والاستفادة به لفترة من الزمن، ثم تقوم الشركة برد الأرض والبناء للدولة. ويبدو أن الكراهة المذكورة في الرواية مردها إلى جهالة الأجرة، أو البناء وكلفته.

ثانياً: ما ورد في كتاب «البيان والتحصيل»[2]: قال ابن القاسم في رجل قال لرجل: أعطني عرصتك هذه أبنيها بعشرة دنانيرأو بما دخل فيها على أن أسكنها في كل سنة بدينار حتى أوفي ما غرمت فيها وأصلحت. قال: إن سمى عدة ما يبنيها به وما يكون عليه في كل سنة فذلك جائز وإن لم يسم فلا خير فيها. قال محمد بن رشد هذا مثل ما في رسم البَز[3] من سماع ابن القاسم من كتاب كراء الدور، وهو كما قال، لأنه إن سمى عدة ما يبنيها به ولم يسم ما يكون عليه في كل سنة

---

(١) ابن أبي شيبة (للإمام الحافظ أبي بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم): المصنف مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ (٢٠٠٤م)، الجزء السابع، باب (٥٠١) في الرجل يستأجر الدار وغيرها، كتاب: البيوع والأقضية، رواية رقم ٢٣٤٥١ ص ٧٤٧.

(٢) القرطبي (أبو الوليد بن رشد): كتاب البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، طبعة ١٤٠٤هـ (١٩٨٤م)، الجزء الثامن، ص ٤٦١.

(٣) رسم البَز هو أثر المعالجة والإصلاح، المعجم الوسيط، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، المجلد الأول، ص٥٤.

ولم يسم ما يبنيها به كان كراءً مجهولاً، وإن سمى ما يكون عليه في كل سنة ولم يسم ما يبنيها به كان الكراء معلوماً وأمده مجهولاً، وإذا سمى الوجهين كان كراء معلوماً إلى أجل معلوم فجاز.

والذي يفهم من النص أن رجلاً طلب من رجل (يمتلك أرضاً) أن يستأجر هذه الأرض منه بعشرة دنانير، ولكنه لن يدفع له شيئاً، بل سيبني بهذا المبلغ بناءً على الأرض، ويسكن فيه لمدة عشر سنوات على أن يكون إيجار كل سنة دينار. وهكذا يظل ينتفع بالبناء حتى يستوفي العشرة دنانير، ثم يرد الأرض بالبناء إلى صاحبها.

القسم الثالث: ما ورد في كتاب الذخيرة[١]: قال ابن القاسم: «أعرت أرضك عشر سنين للغرس ويسلم إليك بعد المدة بغرسها ويغتلها هو في المدة، يمتنع للجهل بحال المال، وجوزه أشهب كالبنيان إذا سمى مقدار الشجر. والذي يفهم من النص: أن ابن القاسم استعار أرضاً زراعية من شخص لمدة عشرة سنوات حتى يقوم بزرعها وأخذ المحصول خلال هذه المدة ثم بعد انتهاء هذه المدة يقوم ابن القاسم برد الأرض لصاحبها بزرعها.

ويظهر هذا النص فيما يبدو أيضاً فكرة عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) والتي يمكن إجراؤها في استصلاح الأراضي الصحراوية أو ما شابه ذلك. ولعله قد تبين من الأمثلة السابقة أن نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) لم يكن غائباً عن فكر الفقهاء القدامى، حينما تناوله ضمن النوازل التي يمكن أن تقع استشرافاً للمستقبل. وهو ما يؤكد صحة الفرضية الأولى.

الفرضية الثانية: نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) تطوير غربي لمنتج اسلامي:

سبق القول في مقدمة هذا الفصل أن أحد الباحثين المعاصرين نبه

(١) القرافي (شهاب الدين أحمد بن إدريس): الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الجزء السادس، ص ١٤٣.

إلى أن نظام B.O.T يصلح أن يكون تطويراً غربياً لبعض أساليب تثمير أموال الوقف، وخص بالذكر تلك التي استحدثها الفقهاء المتأخرون، والتي تُعْرَفُ بالأساليب غير التقليدية. وهذه القضية تشير إلى علاقة هذا النظام B.O.T بالوقف وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: تعريف الوقف[1]:

يعرف الوقف عند الجمهور بأنه (حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته من الواقف وغيره، على مصرف مباح موجود، أو يصرف ريعه على جهة بر وخير، تقرباً إلى الله).

ثانياً: أساليب تثمير أموال الوقف وتقويمها:

كان الوقف منذ نشأته يفي من ريعه بنفقات إعماره، وأجرة ناظره، ليتبقى من ريعه ما يفي بحاجة الموقوف عليهم بحسب شرط الواقف. بيد أن الوقف بمرور الوقت يتوهن، ولظروف أخرى يتعرض للخراب كما حدث منذ ما يقرب من نصف قرن حين أتت الحرائق على أغلب الأوقاف في بلاد الأناضول أثناء الحكم العثماني، حيث عجز الوقف عن إعمار ما لحق به من خراب، فضلاً عن تحقيق عائد يلبي حاجة الموقوف عليهم. وهنا نظر الفقهاء في استحداث أساليب لم تكن مألوفة لإعادة تعمير هذه الأوقاف، وقد سُمّيت هذه الأساليب بالأساليب غير التقليدية، مثل: الحكر، والإجارتين، والمرصد... أضف إلى ذلك ما تم استحداثه مؤخراً في تمويل العمليات الوقفية كالاستصناع، والمشاركة المتناقصة، والإجارة المنتهية بالتمليك، والإجارة التمويلية. وفيما يلي نبذة مختصرة عن أهم هذه الأساليب:

(أ) **الحكر**: يطلق عليه الحكر أو الإحكار أو الاستحكارأو

---

(١) ابن عابدين (محمد أمين): حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ١٣٢٦هـ، المجلد الثالث، صـ٣٩١.

التحكير، وهو عقد إجارة يقصد به إبقاء الأرض الموقوفة في يد المستأجر الذي يسمى محتكراً ما دام يدفع أجر المثل[(١)] وقد يحصل التحكير بإذن متولي الوقف للمستأجر بأن يبنى، أو يغرس ليكون له حق القرار فيه بعد تمام عقد الإجارة، ويتم ذلك عن طريق الاتفاق على إعطاء أرض الوقف الخالية لشخص أو مستثمر، لقاء مبلغ يقارب قيمتها باسم أجرة معجلة ليكون له حق القرار الدائم على تلك الأرض، ويتصرف فيها بالبناء والغرس وغير ذلك من وجوه الانتفاع المقررة، كما يلتزم أيضاً بأجرة سنوية ضئيلة تشير إلى بقاء الأرض في ملك الواقف مع مراعاة أن تقدير الإيجار في الحكر يكون بالنظر إلى قيمة الأرض خالية، أما عن ملكية البناء الذي يحدثه المستحكر فهي ملك له، وليست لصاحب الأرض[(٢)].

(ب) **الإجارتين**: ظهر هذا العقد على أثر الحرائق التي أتت على الكثير من عقارات الأوقاف في مدينة القسطنطينية (إسطنبول حالياً) بتركيا عام ١٠٢٠هجرياً تقريباً[(٣)]، فعجزت غلاتها عن تجديدها، وتشوه منظر البلدة، فابتكر هذا العقد تشجيعاً على استئجار هذه العقارات لتعميرها اقتباساً من طريقة التحكير في الأراضي. وفيه يتفق ناظر الوقف مع شخص آخر على أن يدفع هذا الشخص مبلغاً من المال يكفي لتجديد عمارة الوقف الذي تعرض للخراب، ولا تكفي غلته ولا يناسب التصرف في بعضه لتعميره، ويستخدم هذا المال المدفوع لتجديد وعمارة هذا الوقف، ويكون المال المدفوع أجرة معجلة تكفي لإعمار الوقف المتوهن، إضافة إلى تأجيره لهذا الشخص بأجرة مؤجلة ضئيلة جداً

---

(١) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، الجزء الخامس، صـ٢٧.

(٢) يكن (زهدي): الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٣٨٨هـ، صـ١٢٢.

(٣) حماد (نزيه): أساليب استثمار الأوقاف وأسس إدارتها، بحث مقدم لندوة (نحو دور تنموي للوقف)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٩٩٣م، صـ١٧٥.

يتجدد عليها العقد سنوياً، لإثبات بقاء ملكية الوقف في يد ناظر الوقف، ويكون حق استئجار الوقف بعد تجديده حقاً دائماً للمستأجر يورث عنه ويباع، وذكر الفقهاء أن لناظر الوقف شرعاً الحق في إجارة أعيان الوقف بحسب شرط الواقف عليها، إذا رأى مصلحة الوقف في ذلك، وانتفت الموانع وذلك لما تحققه إجارة الوقف من ريع وإيراد يصرفه ناظر الوقف في المصارف التي حددها الواقف، أو بما يحقق مصلحة الوقف كعمارته وصيانته، أو مصلحة المستحقين(١).

والفرق بين الإجارتين وبين الحكر أن البناء في الحكر ملك للمستحكر، لأنه أنشأه بماله الخاص بعد أن دفع إلى جانب الوقف ما يقارب قيمة الأرض المحكرة باسم الأجرة المعجلة، أما في عقد الإجارتين فإن البناء والأرض ملك للوقف، لأن عقدها إنما يرد على عقد مبنى متوهن يتم تجديده وتعميره بالأجرة المعجلة نفسها التي استحقها الوقف.

(ج) **المرصد**: هو أن يأذن القاضي أو الناظر لمستأجر الوقف بالبناء على أرض الوقف، عند عجز الوقف عن التعمير، بحيث يكون ما ينفقه في البناء والتشييد ديناً على الوقف، يستوفيه من أجرة الوقف بالتقسيط، ويكون البناء ملكاً للوقف على أن يكون للمستأجر حق القرار في عقار الوقف ويورث عنه، وحق التنازل عنه لآخر يأخذ دينه عنه، بحيث يحل محله في العقار بإذن القاضي أو المتولي، ويقول ابن عابدين في الحاشية: «إن على الباني أجر المثل بالغاً ما بلغ قبل العمارة وما بعدها، وإنما للمستأجر الرجوع بما صرفه»(٢)، وهذا يعني أن يكون الوقف مديناً بقيمة المبنى الذي استحدثه المستأجر وأن المستأجر يتعهد بإنقاص دين الوقف بقيمة الأجرة المتفق عليها بالغة ما بلغت.

---

(١) ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق، المجلد الرابع، مرجع سابق، صـ٤٠٤.

(٢) المرجع نفسه، الجزء الخامس، صـ٢١ وما يليها.

(د) **الاستصناع**[١]: هو «عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة» ويشترط في عقد الاستصناع أن تكون المادة من الصانع. ويستخدم هذا العقد مؤخراً في تثمير الأموال الوقفية عن طريق قيام إدارة الأوقاف بالإعلان عن استعدادها للسماح لجهة تمويلية، بأن تبني بناءً على الأرض الموقوفة ويكون ملكاً للجهة التي بنته، وتتعهد الأوقاف بشرائه بعد اكتماله من الجهة التي بنته بثمن محدد مؤجل على أقساط سنوية أو شهرية، وتراعى الأوقاف في تلك الأقساط المؤجلة أن تكون أقل من الأجرة المتوقعة من تأجير هذا البناء، لتكون مطمئنة إلى أنها ستجد المال الكافي لتسديد أقساط ثمن البناء في المواعيد المحددة، ونتيجة لذلك تنتقل ملكية البناء إلى الأوقاف بعد إبرام عقد شرائه من المقاول، وبذلك تصير الأرض والبناء القائم عليها ملكاً للوقف، وثمن البناء يسترد تدريجياً من المبالغ العائدة من إجارته. ومن الممكن في هذا العقد أن تضع الجهة الممولة للبناء يدها عليه، لتضمن أن الأوقاف ستسدد لها استحقاقاتها في المواعيد المحددة، ثم بعد انتهاء فترة التسديد ـ والتي قد تكون طويلة في العادة ـ يؤول البناء إلى الأوقاف ويصير مع الأرض ملكاً خالصاً لها[٢].

(هـ) المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك لمؤسسة الوقف:

وصورتها: أن تقدم الأوقاف أرضها ليقوم ممول ببنائها على أساس أن يكون البناء ملكاً له، والأرض ملكاً للوقف، ثم يؤجر العقار[٣] كله، وتوزع الأرباح بين الوقف وبين مالك البناء بحسب استحقاق كل من

---

(١) المولى (مصطفى فضل): التمويل التنموي الإسلامي لرأس المال الثابت في الصناعة، بحث مقدم لندوة صيغ تمويل التنمية في الإسلام، بالخرطوم، ندوة رقم (٢٩)، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، المملكة العربية السعودية، ١٤١٣هـ، صـ٥٩.

(٢) المجلة العلمية لكلية التجارة (بنات)، جامعة الأزهر، العدد الأول، سنة ٢٠٠٤م، صـ١٩٢ ـ ١٩٤.

(٣) حماد (نزيه): أساليب استثمار الأوقاف وأسس إدارتها، أبحاث ندوة «نحو دور تنموي للوقف»، مرجع سابق، صـ١٨٥.

الأرض، والبناء، وهذا العقد يقوم على أساس الشراكة بينهما، ويتضمن التزاماً من الجهة الممولة بالتنازل عن حصتها للأوقاف خلال فترة زمنية معينة يتم تحديدها حسب قيمة الدفعات المالية التي تقدمها الأوقاف إلى الجهة الممولة، وبقدر ما تدفع مؤسسة الوقف للجهة الممولة الشريكة تنقص حصة هذه الجهة من ملكية المشروع وتزيد حصة الأوقاف، ومن هنا جاءت تسمية هذه الصيغة بالمشاركة المتناقصة إذ هي مشاركة لا يقصد بها الاستمرار ثم تنتهي بامتلاك الأوقاف كامل المشروع، وخروج الجهة الشريكة الممولة نهائياً من المشروع بعد استرجاع رأسمالها المدفوع في المشروع والأرباح المرضية لها. والذي يساهم في تحقيق هذا الهدف هو قيام الأوقاف بتقسيم نصيبها إلى قسمين: قسم تشتري به الأوقاف بالتدريج كحصص متزايدة من البناء الذي أنشأه الممول وامتلكه، والقسم الآخر تستخدمه في نفقاتها الجارية كمورد من موارد الأوقاف[1].

(و) **الإجارة التمويلية للوقف**: وصورتها أن تؤجر الأوقاف أرضها لشخص ما بأجرة سنوية محددة لمدة طويلة ليقيم عليها بناءً يملكه ويستفيد من تشغيله، بحيث تكفي أجرة الأرض لتسديد قيمة البناء في نهاية مدة الإجارة، وتتفق إدارة الأوقاف مع الشخص على أن تشتري منه البناء الذي سيقيمه على أرضها بالتدريج بما تستحقه في ذمته من أجرة الأرض[2]. ومن الضروري أن يكون البناء معلوم المواصفات والمقاييس بكل دقة، وتحسب تكلفته ومعدل الإهلاك السنوي له حتى يمكن تحديد مقدار الأجرة بدقة.

وفيما يلي جدولاً للمقارنة بين الأساليب السابق ذكرها:

---

(١) الزرقا (أنس): الوسائل الحديثة للتمويل والاستثمار، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، صـ١٩٧.

(٢) المرجع نفسه، صـ١٩٩.

صيغ الأوقاف الاستثمارية

وجه المقارنة	الحكر	الإجارتين	المرصد	الاستصناع	المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك	الإجارة التمويلية
شكل الصيغة	الأوقاف تؤجر الأرض للمستثمر	تستدين الأوقاف من المستثمر مبلغاً لإعمار الوقف يسمى هذا المبلغ أجرة معجلة	الأوقاف تؤجر الأرض للمستثمر بإذن القاضي	الأوقاف تقدم الأرض للمستثمر لتمويل بنائها بالمواصفات التي تحددها الأوقاف	الأوقاف تشارك المستثمر بالأرض ويقوم المستثمر بتمويل بنائها بالمواصفات التي تحددها الأوقاف	الأوقاف تؤجر الأرض للمستثمر
المقابل	تأخذ الأوقاف أجرة معجلة بالإضافة إلى أجرة سنوية ضئيلة	تأخذ الأوقاف أجرة معجلة من المستأجر كبيرة تكفي لإعمار الوقف، وأجرة مؤجلة زهيدة	تمتلك الأوقاف البناء من خلال ترك القيمة الإيجارية للمستثمر باعتباره ديناً على الوقف بقيمة البناء	الأوقاف تدفع قيمة البناء على أقساط مؤجلة	الأوقاف تأخذ نصيبها من الأرباح وتدفع منه لإنقاص حصة المستثمر من المشروع	الأوقاف تستحق أجرة من المستثمر نظير تأجير الأرض
ملكية البناء	البناء ملك المستثمر	البناء ملك الأوقاف	البناء ملك الأوقاف	البناء ملك الأوقاف	الأرض ملك الأوقاف بينما البناء ملك المستثمر	البناء ملك المستثمر
حق البقاء والانتفاع	للمستثمر، ويورث عنه ويباع	للمستأجر حق البقاء الدائم ويورث عنه ويباع	للمستثمر	ليس للمستثمر حق البقاء والانتفاع بل هو للأوقاف	للمستثمر حق البقاء والانتفاع حتى تشتري الأوقاف حصته ويزول ملكه	البناء ملك المستثمر
وضع البناء	يظل البناء في ملك المستثمر	يظل البناء ملك الأوقاف ويظل المستثمر منتفع منه	يؤول البناء للوقف بمجرد استرداد المستثمر قيمة البناء	يؤول البناء للوقف بمجرد سداد قيمة البناء المتفق عليها	يؤول البناء للوقف بمجرد شراء الأوقاف لحصة المستثمر	يؤول البناء للوقف بمجرد أن يستوفي المستثمر قيمة البناء

ويمكن تقويم أساليب تثمير أموال الوقف، تقليدية وغير تقليدية من خلال الجدول السابق، حيث يتضح:

١ - انقسام صيغ الأوقاف الاستثمارية إلى قسمين:

القسم الأول: استجد في القرن الرابع عشر الهجري تقريباً ويشمل: الحكر، الإجارتين، المرصد.

القسم الثاني: عبارة عن صيغ حديثة التطبيق في تثمير الأموال الوقفية وتشمل: الاستصناع، المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك، الإجارة التمويلية.

٢ - وجود قاسم مشترك بينهم جميعاً، وهو انحسار دور الأوقاف في تقديم الأرض (العين) سواء كانت على سبيل الإجارة، أو المشاركة، أو الاستصناع، وحصول الأوقاف على أجرة كمقابل لتقديم الأرض (العين) سواء كانت أجرة معجلة (كبيرة أو زهيدة) أو كانت مؤجلة، أو في صورة أرباح.

٣ - يميز معظم الصيغ الاستثمارية التقليدية (الحكر، الإيجارتان، وربما المرصد) فقدان الأوقاف للأرض الوقفية من الناحية العملية في الغالب، في مقابل ما تحصل عليه من أجرة مقدمة، رغم حصولها على أجرة زهيدة دورية من أجل إثبات عدم نقل ملكية الوقف، لأن في نقل ملكيته تعارض مع خصوصية الوقف في بقاء رقبته في حكم ملك الله، ولكن ما معنى ذلك أمام منح الطرف الآخر حق القرار الدائم والتوريث؟!

٤ - تغلبت الصيغ الاستثمارية الحديثة في استثمار الأموال الوقفية على العيب السابق بأن جعلت المشروع (أرضاً وبناءً) يؤول للأوقاف بمجرد استيفاء المستثمر لحقه في المشروع.

ثالثاً: استفادة الغرب من الوقف لدى المسلمين:

لقد حاكى الغرب الدولة الإسلامية الفتية في الأخذ بأسباب التقدم والازدهار، فعني بتعلم اللغة العربية، وترجمة المعارف التي طورتها

الحضارة الإسلامية، كما أنه استفاد من فكرة الوقف لضمان عطاء مؤسساته التعليمية والصحية والاجتماعية بصفة عامة، دون أن يهتم بالضوابط الشرعية التي لا تعنيه بقدر ما تعنيه الفكرة، وما تحققه من نتائج. والدليل على ذلك قيام جامعة أكسفورد الإنجليزية على فكرة الوقف، وقيامهم بعد ذلك بإنشاء وتطبيق ما يسمى بالترست (TRUST) الذي يؤدي دور الوقف دون أن يلتزم بما يلتزم به الوقف شرعاً من ضوابط كعدم الاستثمار في محرم مثل الربا والخنزير، وإمكانية بيع العين الموقوفة واستبدالها . . . مع العلم بأن ما استحدثه فقهاء المسلمين المتأخرين من أساليب غير تقليدية كالحكر والإجارتين والمرصد قد بلغ الغرب منذ استحداثه من حوالي أربعة قرون خلت.

رابعاً: بداية تطبيق نظام الـ (B.O.T) وانتشاره:

في دراسة قام بها أحد الباحثين المعاصرين(١)، ذكر فيما نقله عن دراسة أعدها البنك الأسيوي للتنمية عن دوره وسياسته وتجربته في تطبيق أسلوب المشروعات وتشغيلها وتحويل ملكيتها(٢)، أن نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) بدأ ينتشر ليشمل معظم مرافق البنية التحتية مع مطلع القرن التاسع عشر. أي بعد قرابة القرنين من استحداث المسلمين الصيغ غير التقليدية كالإحكار والإجارتين والمرصد، وهي فترة مناسبة لتطوير هذه الصيغ وصولاً إلى نظام الـ .B.O.T حيث يمكن النظر

---

(١) الإسلامبولي (أحمد محمد خليل): ورقة عمل حول أسلوب المشاركة المتناقصة في تمويل العمليات الوقفية كما يجريه البنك الإسلامي للتنمية، مقدمة إلى مؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية المنعقد في رحاب جامعة أم القرى بالتعاون مع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، مكة المكرمة، شعبان ١٤٢٢هـ، منشورة ضمن وقائع المؤتمر، ص ٦ ـ ٨. وكذا في ندوة حوار لنفس الباحث تحت عنوان: «هل نظام B.O.T نموذج معدل من صور الحكر التي استحدثها المسلمون» مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، التابع لجامعة الملك عبد العزيز بجدة في ١٤٢٢/٩/٦هـ (٢٠٠١/١١/٢١م).

(٢) دورة أوكلاند بنيوزيلاندا مايو ١٩٩٥م، من تأليف: كيون واولي، وريتشارد سايمون، ترجمة: محمود أحمد مهدي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، المملكة العربية السعودية، ص٦.

إلى طبيعة هذه الصيغ، ومدى صلاحيتها للوصول إلى الـ B.O.T كتطور طبيعي، يزيد عنها في نقل ملكية المشروع للجهة المضيفة، خاصة إذا أخذنا في الاعتبار وصول هذه الصيغ في حينها للغرب. ولمزيد من التوضيح سيتم التعرض في القسم التالي إلى أوجه الشبه بين الصيغ غير التقليدية لتمويل العمليات الوقفية، ونظام الـ B.O.T.

خامساً: أوجه الشبه بين الوقف (الصيغ غير التقليدية) ونظام الـ B.O.T:

فيما يلي بيان وجه الشبه بين كل صيغة من الصيغ السابقة، وبين نظام B.O.T للتأكد من صحة افتراض الدراسة القائل بأن نظام B.O.T عبارة عن صورة مطورة من الأساليب غير التقليدية للأوقاف خاصة المرصد الذي تتشابه آلية عمله مع آلية عمل نظام B.O.T الذي يقوم على أساس النقاط التالية:

١ - قيام الدولة بعرض المشروع المقترح تنفيذه بنظام B.O.T على المؤسسة التمويلية، بنهاية فترة الامتياز.

٢ - تحدد الدولة مواصفات المشروع بدقة بالغة.

٣ - تتقدم المؤسسة التمويلية بغرض تمويل وإنشاء، وتشغيل، وإدارة المشروع.

٤ - ملكية أرض المشروع للدولة.

٥ - ملكية البناء الذي أنشأته المؤسسة التمويلية وقامت بإدارته وتشغيله يرجع للمؤسسة التمويلية.

٦ - تستفيد المؤسسة التمويلية بمنافع المشروع لمدة معينة هي فترة الامتياز الممنوحة من قبل الدولة، وذلك حتى تستوفي ما أنفقته من تكاليف المشروع بالإضافة إلى الأرباح التي ترضيها.

لذلك من المستحسن بيان أوجه التشابه بين كلاً من المرصد كصيغة من التراث الفقهي الإسلامي، والإجارة التمويلية كصيغة حديثة التطبيق في استثمار الأموال الوقفية، وبين نظام (B.O.T) أوجه الشبه بين صيغة المرصد ونظام B.O.T.

يتشابه نظام B.O.T والمرصد في العديد من الأوجه:

المرصد	نظام B.O.T
الأوقاف عاجزة عن تعمير المنشأة الوقفية.	الدولة عاجزة عن إنشاء مرفق عام معين أو مشروع معين من مشروعات البنية الأساسية.
تحدد الأوقاف طبيعة الاستثمار المطلوب في الأرض هل هو بناء أم غرس؟	تحدد الدولة مواصفات المشروع بدقة، وتعين كافة تفاصيله.
تعرض الأوقاف الأرض على المؤسسات التمويلية ليتقدم من لديه الرغبة في الاستثمار.	تطرح الدولة المشروع على المؤسسات التمويلية المحلية والعالمية.
يتم التعاقد مع المستثمر على أنه مستأجر للأرض وأن قيمة البناء أو الغرس هي ديناً على الوقف يستوفيه المستثمر من أجرة الوقف بالتقسيط.	يتم التعاقد مع المستثمر على أنه صاحب المشروع وتنشأ شركة المشروع التي يتم التعامل معها على أنها شخصية معنوية مستقلة وتعتبر قيمة المشروع والأصول التي ينشئها المستثمر ديناً على الدولة يستوفيه المستثمر من خلال انتفاعه بمنافع المشروع خلال فترة الامتياز الممنوحة له من قبل الدولة. لذلك يمكن القول أن المستثمر هنا هو: ● مستأجر للأرض والبناء معاً. والوقف هنا مالك للأرض والبناء معاً، لذلك يمكن القول أن المستثمر هنا هو: ● منتفع بالأرض فقط على سبيل الإجارة الضمنية حيث لم يصرح بها صراحة في العقد. ● ومالك لمبنى المشروع وأصوله. ● الدولة هنا تمتلك الأرض فقط.
المستأجر يشغل المشروع ويديره ليستفيد من عوائده. المستثمر يشغل المشروع ويديره ويستفيد من عوائده.	للمستأجر حق القرار في عقار الوقف أي حق البقاء والانتفاع بالمشروع أرضاً ومبنى وهذا الحق يورث عنه. للمستثمر حق الانتفاع بمنافع المشروع خلال فترة الامتياز الممنوحة له من الدولة حتى يسترد المستثمر تكاليف المشروع بالإضافة إلى مقدار الأرباح التي ترضيه.

	بعدها تنتقل أصول المشروع كاملة للدولة.
للمستأجر حق التنازل عن القرار في المشروع لغيره ليحل محله.	لشركة المشروع الحق في أن يحل محلها مؤسسات التمويل وينص على ذلك بالتفصيل والتحديد في العقود والاتفاقيات كما سبق بيانه.
عائد الوقف من هذه الصيغة هو الأجرة النقدية المحددة التي يتسلمها الوقف بمجرد استيفاء المستثمر قيمة ما بنى وأضاف في المشروع لتصبح هذه الأجرة النقدية (مهما علت قيمتها) هي مكسب المشروع الوحيد ويظل الوقف مالكاً صورياً للأرض، والمباني، ويبقى المستثمر ليهنأ بالمشروع أرضاً ومبنى ومنافع فترة مفتوحة من الزمن.	عائد الدولة من هذا النظام هو امتلاك مباني المشروع وأصوله بعد انتهاء فترة الامتياز وبدون مقابل ليصبح في حوزة الدولة فعلياً: ● الأرض. ● مباني وأصول المشروع. ● ومنافع المشروع.

وبنهاية هذه المقارنة نجد أن تطوير صيغة المرصد لتصل إلى نظام B.O.T كان في النقاط التالية:

١ - تم تعيين المستثمر على أنه منتفع بالأرض على سبيل استئجاره لها، ولكن مع ملاحظة أن هذه الإجارة لم ينص عليها صراحة في عقد الـB.O.T ولكن يبدو أنه شيء ضمني متعارف عليه عند من استحدثوا هذا النظام.

٢ - تحديد حق القرار والانتفاع بمدة زمنية محددة طبقاً للقانون، وهو ما يطلق عليه «حق الامتياز» بعدها تنتقل ملكية المشروع للدولة.

وهكذا تم تطوير صيغة المرصد ومعالجة نقاط الضعف التي أعيت الوقف وأفقدته الكثير من ممتلكاته، لتظهر صورة حديثة تستخدم في كافة المشروعات الوقفية وغير الوقفية، هذا ويجب التنبيه على أن صيغة الإجارة التمويلية للوقف تتشابه إلى حد كبير مع المرصد، بل ترى الباحثة أنها قد لا تختلف عنه إلا في أن المشروع أرضاً وبناءاً يؤول

للدولة بمجرد أن يستوفى المستثمر قيمة ما كلفه البناء بالإضافة إلى ما يرغب من أرباح، وذلك من أجرة الوقف المستحقة.

وفيما يلي بيان أوجه الشبه بين صيغة الإجارة التمويلية ونظام الـ B.O.T

٢) أوجه الشبه بين صيغة الإجارة التمويلية ونظام B.O.T:

الإجارة التمويلية	نظام B.O.T
الأوقاف تؤجر الأرض للمستثمر.	الدولة تقدم الأرض للمستثمر كمنتفع بها طوال فترة الامتياز.
الأوقاف تستحق أجرة من المستثمر.	الدولة تمتنع عن أخذ أي مبالغ من المستثمر خلال فترة الامتياز.
الأرض ملك الأوقاف.	الأرض ملك الدولة.
البناء ملك المستثمر.	والبناء ملك المستثمر.
للمستثمر حق الانتفاع بالبناء وبمنافع المشروع إلى أن يستوفى قيمة البناء المتفق عليه من أجرة الوقف المستحقة.	للمستثمر حق الانتفاع بمنافع المشروع خلال فترة الامتياز.
يؤول البناء للوقف بمجرد أن يستوفى المستثمر حقه في قيمة البناء من أرباح.	يؤول المشروع وأصوله للدولة بعد انتهاء فترة الامتياز
عائد الوقف هنا هو ملكية الوقف للبناء، وأصول المشروع ومنافعه وأرض الوقف.	عائد الدولة هنا هو ملكية الدولة للمشروع بناءً وأصولاً ومنافع وأرضاً.

من العرض السابق نجد التشابه الكبير في نظام B.O.T مع الإجارة التمويلية، ونقطة الخلاف الوحيدة بينهما تنحصر في أن الأوقاف تؤجر الأرض للمستثمر وتحدد قيمة الأجرة التي تستحقها، وبالمثل تتفق طبيعة صيغ الحكر والإجارتين وخلافهم مع طبيعة نظام B.O.T في النقاط التالية:

أ ـ حاجة ناظر الوقف أو الدولة إلى مصدر تمويل خارجي.

ب ـ كون الممول يقيم مشروعاً على أرض الجهة الطالبة للتمويل.

ج ـ ناظر الوقف أو الدولة لا تتنازل عن الأرض.

د ـ الممول يستفيد من المشروع (الأرض ـ البناء ـ الأصول ـ والمنافع).

هـ ـ ناظر الوقف أو الدولة يحقق الإعمار والنماء الذي رغب فيه.

عليه يمكن القول بصحة افتراض الدراسة بأن نظام B.O.T هو تطوير غربي لمنتج إسلامي، وليس أسلوباً استحدثه الغرب ابتداءً، ولكنه مجرد تطوير لصيغ إسلامية تعتريها كتراث حضاري وثقافي يمتلك القدرة على التكييف والتطوير مع متطلبات العصر الراهن.

سادساً: ما يمكن أن يقدمه نظام الـ (B.O.T) للوقف:

لجأ الفقهاء المسلمون في القرن العاشر الهجري إلى أساليب غير تقليدية لإعمار الأوقاف المتهدمة حينما عجز الوقف عن إعمار نفسه كالحكر والإجارتين والمرصد وغير ذلك كما جرى بيانه. والمتأمل في هذه الصيغ يتبين أنها توفر للوقف المال المطلوب، ولكنها تحرمه من ميزة استعادة كامل تصرفه وحريته على العين الموقوفة، حينما يكون للطرف الآخر حق القرار الدائم، بل وحق توريث ما قام ببنائه على أرض الحكر، فهو يتصرف تصرف المالك على أرض يفترض أنه أجرها إجارة طويلة، ولا يُفترض أنه تملكها. ويمكن تفسير هذا الأمر أن الواقف أو ناظر الوقف أو القاضي بحسب الأحوال لديه أرض موقوفة، وليس لديه تمويل لتثميرها، ولا يملك حق بيعها لأنها في حكم ملك الله تعالى، فيجد في التحكير مخرجاً لامتلاك ثمنها دون التصريح ببيعها، ليكون التصرف في معنى البيع، حيث أدى الطرف الآخر ما يقارب ثمن الأرض، وأصبح له حق القرار الدائم وتوريث ما أحدثه فيها من غرس أو زرع أو بناء. وحتى تبدو المسألة أنها ليست بيعاً، اشترط القائم على الوقف أن يؤدي الطرف الآخر مبلغاً سنوياً زهيداً لإثبات أن

الأرض مازالت في ملك الوقف شكلاً، ولكن طالما أنها لن تعود تحت تصرف الوقف حينما يؤدي الطرف الآخر الأجرة السنوية الزهيدة، وطالما أن الطرف الآخر له حق القرار والتوريث لما أحدثه بها، فإنها من الناحية الموضوعية لا تكون في ملك الوقف. ويبدو أن الطرف الآخر ما كان ليقدم على دفع ما يقارب ثمن الأرض إلا إذا كان سيأخذ من المميزات ما يقارب ما يأخذه مشتريها.

أما التطور الذي حدث لهذه الصيغ، فإنه ينحصر في إعادة المشروع إلى الجهة المضيفة بعد انقضاء المدة المتفق عليها، دون أن يكون للجهة المنفذة حق القرار الدائم[1] وهذه الميزة تنقي الصيغ غير التقليدية خاصة الحكر من ما يعتريها من انتقاد. بمعنى أنه لو وُجِدَتْ أرض وقفية تحتاج إلى تمويل لتثميرها، ولجأ القائم عليها إلى نظام الـ (B.O.T)، دون الحكر أو المرصد، لحقق للوقف ميزة استثمار الوقف، مع امتلاك المشروع امتلاكاً حقيقياً عند نقل الملكية له حسب العقد، ويستفيد بإيراد المشروع لينفق منه على الموقوف عليهم بحسب شرط الواقف، دون أن يتحمل تكاليف.

* * *

(١) لم نتحدث هنا عن حق التوريث على اعتبار أن الطرف الآخر في الحكر شخص طبيعي يموت، أما التطبيق المعاصر للـ B.O.T! فإن الطرف الآخر (الشركة المنفذة) في الحياة المعاصرة يكون شخصية اعتبارية أو قانونية، وهي لا تموت حتى تورث، ولكنها تنتهي بالتصفية أو بانتهاء مدتها.

المبحث الثاني
التخريج الشرعي لنظام B.O.T

لما كانت هذه العقود تتميز بحداثتها في الدول العربية والإسلامية استدعت الضرورة البحث في الشكل الذي يمكن أن تندرج تحته عقود B.O.T، وهل هي عقد إجارة، أو أنها عقود استصناع، أو . . . الخ.

أولاً: تخريج نظام الـ B.O.T على عقد الإجارة:

يرى أصحاب هذا الرأي[1] بأن نظام B.O.T هو عقد ينطبق عليه أركان عقد الإجارة، بحيث إذا تم النظر إلى المشاريع التي تخطط لإقامة مباني، أو مشاريع من شأنها فرض الرسوم على المستخدمين لمنفعة المشروع مثل محطة كهرباء، أو مياه، إقامة شبكة للمواصلات، الاتصالات السلكية واللاسلكية، أو الموانئ والمطارات. فلا شك أن الأرض التي يقام عليها المشروع في هذه الصور مملوكة للدولة وأن الجهة الممولة للمشروع تعتبر هي الجهة المؤجرة للأرض مقابل أجرة مستحقة للدولة في نهاية فترة معينة متفق عليها هذه الفترة هي فترة الامتياز، ثم تسلم الأرض والمشروع المقام عليها إلى الدولة في نهاية المدة، وفيما يلي بيان ذلك:

الإجارة هي: «عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، من عين معلومة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل بعوض معلوم»[2].

---

(١) العثماني (محمد تقي الدين): عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، المملكة العربية السعودية، جدة.

(٢) البهوتي (منصور بن يونس): شرح منتهى الإرادات، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، الجزء الثاني، صـ٣٥٠.

وعند تطبيق تعريف الإجارة على عقد B.O.T نجد أنه عقد على قيام الدولة بإعطاء منفعة أرض المشروع، وهي منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة هي مدة الامتياز بعوض، هذا العوض هو تملك الدولة لأصول المشروع وأبنيته في نهاية المدة المعلومة السابق ذكرها. بالرغم من أن كلمة إجارة لم ينص عليها صراحة في عقد B.O.T ولكنه يبدو أن معناها ضمنى داخل نصوص عقد B.O.T ويشمل أطراف العقد على المؤجر، والمستأجر ممن لهم حق الإيجاب والقبول فيه.والمؤُجر في دراستنا هو الدولة؟ والمستأجر هو المستثمر أو شركة المشروع أو الكونسورتيوم. والمنفعة هي المعقود عليها والغاية من الإجارة، والمنفعة المعقود عليها في نظام B.O.T هي منفعة الأرض بطول فترة الامتياز بعد إقامة المشروع عليها، أما عن التزام الدولة نحو المستثمر فعليها أن تسلمه الأرض وتمكنه من استغلال منفعتها فقط. أما إقامة المشروع فذلك على المستثمر وليس على الدولة.

أما عن الأجرة فيقوم بدفعها المستثمر للدولة، وهي أجرة مؤجلة لفترة من الزمن هي فترة الالتزام الممنوحة من قبل الدولة، وهذه الأجرة المؤجلة (المستحقة للدولة على الشركة المنفذة) يتم سدادها بنقل ملكية المشروع كمقابل لها. . .

ثانياً: تخريج نظام B.O.T على عقد الاستصناع:

وفي عقد الاستصناع تقوم الدولة بتحديد المشروع ووضع مواصفاته وتطلب من الشركة المنفذة أن تقوم بتنفيذه، وتعتبر الدولة هنا مستصنعة، والشركة المنفذة هي الجهة الصانعة، ويكون ثمن الاستصناع منفعة تشغيل المشروع التي تنتفع به الجهة الصانعة لفترة معينة هي فترة الامتياز لاستيفاء ثمن الاستصناع[١] بعدها تقوم الشركة المنفذة بنقل ملكية المشروع إلى الدولة. والعاقدان: هما المستصنع، ويمثل في عقود B.O.T

---

(١) عثمان: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، ص٤.

الدولة، والصانع وهو الشركة المنفذة أو الممولة للمشروع. والمعقود عليه: هو السلعة الموصوفة والمطلوب صناعتها وهي المشروع أو المرفق العام المرغوب تنفيذه بمواصفات معينة، والثمن: هو المقابل الذي يحصل عليه الصانع نظير قيامه بصناعة السلعة، وهو في موضوعنا حق استغلال المشروع والانتفاع به لفترة من الزمن لصالح الشركة المنفذة.

تخريج نظام B.O.T على أنه عقد شراكة مؤقتة:

أن عقد B.O.T يمكن تكييفه بأنه شركة مقطوعة (موقوتة) تكون فيها الدولة المضيفة شريك أول، والمؤسسة المنفذة للمشروع أو الممولة له شريك ثاني، وتنتهي هذه الشركة بنهاية فترة محددة وهو حكم التمويل بالمشاركة الموقوتة[١].

ومن خلال هذا التكييف تقوم الدولة المضيفة بالاشتراك مع المؤسسة المنفذة للمشروع بتقديم رأس مال المشروع حيث تقدم الدولة أرض المشروع، وحق الامتياز، وتقدم المؤسسة المنفذة التمويل اللازم لإقامة المشروع والحصول على موجودات وأصول المشروع على أن تعهد بإدارته وتشغيله للمؤسسة المنفذة حتى تسترد ما أنفقته من تكاليف بالإضافة إلى الربح المرغوب فيه، ولأن من الصعب الحصول على تمويل متوسط أو طويل الأجل دون المشاركة[٢] في الملكية والإدارة (وذلك بعد استبعاد التمويل على أساس الفائدة) لذلك تعد المؤسسة المنفذة للمشروع هي المالكة لموجوداته وأصوله خلال فترة الامتياز،

---

(١) شابرا (محمد عمر): نحو نظام نقدى عادي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار البشير، الطبعة الثانية، ١٩٩٠م، صـ٩٣.

(٢) هناك ثلاث أنواع من المشاركة:

- مشاركة دائمة (ثابتة): وتظل قائمة إلى أبد الأبدين حتى يطرأ عليها ظروف خارجة عن إرادة الطرفين ورغبتهما في تصفيتها.
- مشاركة متناقصة: وفيها تزداد حصة طرف في الشركة على حساب نقص حصة الطرف الآخر.
- مشاركة موقوتة: تنتهي مرة واحدة في نهاية المدة.

وتقترن هذه الشركة اقتراناً وثيقاً بتوزيع الملكية والإدارة لذلك تتحمل المؤسسة المنفذة ملكية المشروع وثماره ومخاطره.

وفي جميع أنواع الشركات يتم اقتسام الأرباح حسب النسب المتفق عليها، ولكن يمكن القول أنه في الشركة الموقوتة تمتنع الدولة برغبتها في الحصول على المستحق لها من نظير حصتها في الأرباح مقابل أخذها مرة واحدة في نهاية المدة في صورة ذات المشروع وأصوله وذلك بنقل ملكيته من المؤسسة المنفذة إلى الدولة وبذلك تنقضي الشركة الموقوتة.

وخلاصة القول:

أياً كانت الصيغة الشرعية التي تندرج تحتها عقود B.O.T سواء إجارة أو استصناع أو شراكة فإنه يمكن القول بأن عقد B.O.T يخلو من المحاذير الشرعية[1] في حالة سلامة التمويل من الاقتراض الربوي، أو الاقتراض عن طريق السندات بالإضافة إلى ضرورة إفراغ الوسع في تقليل حجم الغرر فيها، وبذلك يمكن الحكم على عقد B.O.T بأنه عقد جائز شرعاً.

❋ ❋ ❋

(١) نظراً لأن مبدأ التمويل بالقروض بفائدة، أو السندات محسوم بعدم جوازه بالإجماع لم يتم التطرق لهذه الجزئية لعدم الإطالة ويمكن الرجوع إلى: شابرا: نحو نظام نقدي عادي، مرجع سابق، صـ٣١١ ـ ٣٢٤.

الخاتمة

يعد نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية المعروف باسم B.O.T من الأساليب الاستثمارية الحديثة على الساحة الاقتصادية الدولية والمحلية. وقد تلجأ إليه الدول المتقدمة والنامية على حد سواء لإنشاء مشروعات البنية الأساسية التي طالما أثقلت كاهل الدولة مالياً وإدارياً. لذلك وجدت الكثير من الدول خاصة النامية منها ضالتها في نظام B.O.T، والذي يعرف بأنه النظام الذي يتم بموجبه تمويل المشروعات الاستثمارية العامة، وإنشائها وإدارتها، وصيانتها من قبل القطاع الخاص، الذي قد يكون شركة خاصة واحدة، أو عدة شركات خاصة محلية أو عالمية، تعمل من خلال شركة المشروع، المتعهدة بإنشاء وتنفيذ وإدارة وصيانة المشروع لفترة زمنية معينة هي فترة الإمتياز الممنوحة من قبل الدولة المضيفة، وتمكن هذه الفترة شركة المشروع من استرداد ما تكبدته من تكاليف في المشروع، مع تحقيق نسبة مرضية من الربح، بعدها تقوم شركة المشروع بنقل ملكية أصول المشروع للدولة المضيفة، وهو في حالة جيدة دون قيد أو شرط، وتنحصر أطراف نظام B.O.T وفق الدراسة في طرفين أساسين هما الدولة المضيفة والشركة المنفذة للمشروع. وتتعدد أوجه التعامل مع أنظمة البناء والتشغيل ونقل الملكية ليوجد صورا عديدة تشترك في المضمون ولكنها تختلف في طريقة التطبيق. ومن هذه الصور، B.O.T، B.O.O.T، B.O.O، B.T.O، تنصب جميع الصيغ السابقة في تمويل وإنشاء وإدارة وتشغيل مشروعات البنية الأساسية بالدولة، والمجمعات الصناعية والسكنية واستصلاح الأراضي لتشكيل مجالات تطبيق نماذج الاستثمار باستخدام نظام B.O.T وصوره المختلفة. ويمر تنفيذ مشروعات B.O.T بثلاث مراحل زمنية، المرحلة الأولى: هي المرحلة التحضرية للمشروع من قبل الدولة المضيفة، المرحلة الثانية تختص بها شركة المشروع وهي مرحلة تنفيذ المشروع من حيث بنائه وتشغيله وإدارته. والمرحلة الثالثة التي يتم فيها نقل ملكية المشروع

للدولة المضيفة بعد انقضاء فترة الامتياز الممنوحة بين الدولة وشركة المشروع.

• ويرتب الإستثمار بنظام B.O.T جملة من الآثار المباشرة على الاقتصاديات المضيفة، حيث تُحدث أثراً إيجابياً على كل من العمالة والحد من البطالة، وسوق المال، ولا يُمكن إغفال دور B.O.T في التنمية المستدامة وخدمة الأجيال القادمة، في الحد من الآثار السلبية لخصخصة المشروعات العامة. بيد أن تلك المميزات لا تجعله يخلو من السلبيات، والآثار غير الحميدة على الدولة المضيفة المتمثلة في الأضرار الناجمة على الاقتصاد الوطني، والسيادة من جراء طول فترة الامتياز الممنوحة لشركة المشروع، واستغلالها لثغرة التجديد لاستنزاف موارد الدولة.

من الملاحظ آثار تطبيقات عقود B.O.T على الاقتصاد القومي للدول المختلفة. ومنها الدول الإسلامية التي كانت في حقبة ماضية من الزمن مصدر إشعاع علمي وحضاري تتسيد العالم، بتطبيقها للنظام الإسلامي والالتزام به، وطالما سعت الكثير من الدول الغربية آنذاك إلى محاكاتها، دون أن تجد في ذلك حرجاً، وكانت مما سعت لتطبيقه نظام الوقف، وخير مثال على ذلك، جامعة أكسفورد بإنجلترا التي أنشئت على فكرة الوقف الخيري مما أعطى لها القوة والاستمرارية، ولقد قامت الدول الغربية بتطوير بعض الأساليب غير التقليدية في استثمار الأموال الوقفية مثل نظام المرصد، والحكر، لتخرج بنظام B.O.T بعد قرابة القرنين من استحداث المسلمين لهذه الصيغ الغير تقليدية، لذلك يمكن القول بأن نظام B.O.T هو تطوير غربي لمنتج إسلامي قديم العهد في ابتكاره واستحداثه، ويرجع الفضل في ابتكاره بعد الله إلى العلماء الأجلاء مثل فضيلة العلامة شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي في كتابه «الذخيرة»صـ١٤٣، وفضيلة العلامة أبو الوليد بن رشد القرطبى في كتابه «البيان والتحصيل» صـ٤٦١ ... وغيرهم من العلماء.

وتهدف الدراسة إلى بيان الحكم الشرعى لنظام B.O.T ومدى مطابقته للضوابط الشرعية؟، وهذا هو الأمر الذي أجاب عنه التخريج

الشرعي للدراسة، من حيث البحث في آراء العلماء في تكييف نظام B.O.T سواء كونه عقد إجارةأو أنه عقد استصناع، ويمكن اعتبار نظام B.O.T عقد شركة موقوته تنتهى في مدة محددة سلفاً، وتكون الدولة المضيفة في هذا العقد طرف أول، والشركة المنفذة للمشروع طرف ثانى، وتنتهى هذه الشركة بنهاية فترة الامتياز الممنوحة للطرف الثاني من قبل الدولة، ويتحقق هذا الانتهاء عملياً بنقل أصول وموجودات المشروع إلى الدولة لتكون هي المالكة له، وينقطع دور وصلة شركة المشروع بالمشروع نهائياً، وتتوقف أى علاقة قائمة بين شركة المشروع وبين أى أطراف أخرى ذات صلة بالمشروع، لتحل الدولة محل الشركة في إدارتها وتشغيلها للمشروع.

وعليه يمكن القول بجواز وشرعية عقود B.O.T في حالة خلوه من المحاذير الشرعية للاستثمار، كالتمويل عن طريق القروض الربويةأو السندات والحذر من الوقوع في الغرر الفاحش الذي يؤدي إلى بطلان العقد عند بعض الأئمة.

والله تعالى أعلم وهو الهادي إلى سواء السبيل.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

❊ ❊ ❊

فهرس المصادر والمراجع

كتب الفقه:

١ - ابن أبي شيبة (للإمام الحافظ أبي بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم): المصنف مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى.

٢ - ابن عابدين (محمد أمين): حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ١٣٢٦هـ، المجلد الثالث.

٣ - البهوتي (منصور بن يونس): شرح منتهى الإرادات، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، الجزء الثاني.

٤ - الدسوقي (محمد عرفة): حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون تاريخ، ج٢.

٥ - القرافي (شهاب الدين أحمد بن إدريس): الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، الجزء السادس.

٦ - القرطبي (أبو الوليد بن رشد): كتاب البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، طبعة ١٤٠٤هـ (١٩٨٤م)، الجزء الثامن.

٧ - القليوبي (شهاب الدين أحمد): حاشية على منهاج الطالبين، دار الفكر، مصر، الجزء الثالث.

كتب الاقتصاد الإسلامي:

٨ - الزرقا (أنس): الوسائل الحديثة للتمويل والاستثمار، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، بدون تاريخ.

٩ - شابرا (محمد عمر): نحو نظام نقدى عادي، المعهد العالمي للفكر الإسلامى، دار البشير، الطبعة الثانية، ١٩٩٠م.

١٠ - عبد الله عبد (محمد عبد العزيز): الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول الإسلامية في ضوء الاقتصاد الإسلامي، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م.

١١ - العثماني (محمد تقي): عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، المملكة العربية السعودية، جدة.
١٢ - يكن (زهدي): الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٣٨٨هـ.

كتب الاقتصاد:

١٣ - برتان (جيل): ترجمة علي مقلد، الاستثمار الدولي، منشورات غويدات، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٢م.
١٤ - جاد الله (بشري عبد الله): الهيئة القومية للكهرباء، دراسة تجربة السودان في تنفيذ مشروعات الكهرباء بمشاركة القطاع الخاص، بحث مقدم لدورة الخرطوم، ٢٠٠٢م.
١٥ - الجزيري (خيري علي): التمويل الدولي، مطبعة جامعة القاهرة، والكتاب الجامعي، التعليم المفتوح بدون وبدون تاريخ.
١٦ - سليم، «محمد السيد): تأميم شركة قناة السويس، دراسة في عملية اتخاذ القرار، دار الفجر للنشر والتوزيع، النزهة الجديدة، القاهرة، مصر، ٢٠٠٢م.
١٧ - عبد اللطيف (محمد محمد): التطورات المعاصرة للمرافق العامة الاقتصادية، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
١٨ - الغزاوي (علي)، الخطيب (سهير)، النعيمات (عبد السلام): البناء والتشغيل ونقل الملكية، الجمعية العلمية الملكية، مركز تكنولوجيا الحاسوب والدراسات الصناعية، الأردن، ١٩٩٦م.
١٩ - النجار (فريد): إدارة الأعمال الدولية والعالمية استيراتيجيات الشركات عابرة القارات الدولية ومتعددة الجنسية والعالمية، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦.
٢٠ - هايني (ستيفن شيمد): ترجمة علي حسين حجاج، مراجهة مهندس محمد موفق الصقار، تغيير المسار، منظور عالمي للأعمال التجارية والصناعية حول التنمية والبيئة، دار البشير للنشر والتوزيع، ١٩٩٦م.
٢١ - هندي (منير إبراهيم): أساليب وطرق خصخصة المشروعات العامة، خلاصة الخبرات العالمية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، إدارة البحوث والدراسات ١٩٩٥م.

كتب القانون:

٢٢ ـ السامرائي (دريد محمود): الاستثمار الأجنبي المعوقاتي، والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.

٢٣ ـ هندي (إحسان): مبادئ القانون الدولي العام في السلم والحرب، دار الجبل، دمشق، ١٩٨٤م.

الدوريات:

٢٤ ـ دورة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي في تمويل المشروعات الاقتصادية، تجربة البنك الأهلي التجاري في تعبئة المدخرات لتمويل مشاريع البنية الأساسية التحتية بصيغ إسلامية، ورقة مقدمة بتاريخ ١٩٩٩ م، جدة، السعودية.

٢٥ ـ دورة أوكلاند بنيوزيلاندا مايو ١٩٩٥م، من تأليف: كيون واولي، وريتشارد سايمون، ترجمة: محمود أحمد مهدي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، المملكة العربية السعودية.

٢٦ ـ دورة مهارات الإشراف والرقابة، مؤسسة النقد العربي السعودي، المعهد المصرفي، الإصدار (١٠١)، ٢٠٠٦ ـ ٢٠٠٧م.

٢٧ ـ دورة البنك الاسلامي للتنمية حول أسلوب دور التأمين والضمان في دعم مشاريع البناء والتشغيل ونقل لملكية B.O.T، ورقة المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات مقدمة B.O.T، الخرطوم السودان. ٢٨ رجب ـ ٤ شعبان ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٢م.

٢٨ ـ دورة القاهرة، الدورة التدريبية حول إنشاء المشروعات بنظام B.O.T للمشاركة في القطاع الخاص، تنظيم البنك الإسلامي للتنمية، ورقة مقدمة خلال الفترة ٢٠ ـ ٢٤ يناير ٢٠٠٤م، جدة، السعودية.

٢٩ ـ سري الدين (هاني صلاح) الفلسفة التمويلية والتعاقدية لمشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص، ورقة مقدمة في الدورة التدريبية حول إنشاء المشروعات بنظام B.O.T، دورة القاهرة، برعاية البنك الإسلامي للتنمية، جدة، السعودية.

٣٠ ـ عباس (نبيل محمد علي): تجربة المملكة العربية السعودية في مشاريع B.O.T، دورة تدريبية حول نظام الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، الخرطوم، جمهورية السودان، ٢٠٠٢م.

التقارير:

٣١ ـ تطبيق مؤشرات التنمية المستدامة في بلدان الإسكوا، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الإسكوا)، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠١م.

٣٢ ـ المجلة العلمية لكلية التجارة (بنات)، شركة ناس للطباعة، جامعة الأزهر، العدد (١)، سنة ٢٠٠٤هـ.

رسائل:

٣٣ ـ الإسلامبولي (أحمد محمد): الجوانب الشرعية والاقتصادية للأوراق المالية المتداولة في أسواق المال، رسالة ماجستير غير منشورة، معهد الدراسات الإسلامية، القاهرة، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٩م. والدعوة والإرشاد، مكة المكرمة، شعبان ١٤٢٢هـ، منشورة ضمن وقائع المؤتمر. وكذا في ندوة حوار لنفس الباحث تحت عنوان: «هل نظام B.O.T نموذج معدل من صور الحكر التي استحدثها المسلمون» مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، التابع لجامعة الملك عبد العزيز بجدة في ١٤٢٢/٩/٦هـ (٢٠٠١/١١/٢١م)

المقالات:

٣٤ ـ الريح (عبد الرحيم): مقال تحت عنوان استراتيجية الخصخصة في العالم، مجلة أبوظبى الاقتصادي، مجلة تصدر عن غرفة تجارة وصناعة أبو ظبي/ الإمارات العربية المتحدة، العدد (٣٢٠) شهر نوفمبر ١٩٩٨م.

البحوث:

٣٥ ـ الإسلامبولي (أحمد محمد خليل): ورقة عمل حول أسلوب المشاركة المتناقصة في تمويل العمليات الوقفية كما يجريه البنك الإسلامي للتنمية، مقدمة إلى مؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية المنعقد في رحاب جامعة أم القرى بالتعاون مع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ٢٠٠١م.

٣٦ ـ المرطان (سعيد بن سعد): تجربة البنك الأهلي التجاري في تعبئة المدخرات لتمويل مشاريع البنية الأساسية التحتية بصيغ إسلامية، ورقة مقدمة إلى ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي في تمويل المشروعات الاقتصادية، (١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م).

٣٧ ـ المعولي (أحمد علي إبن أحمد): التخصيص، قصة نجاح عمانية، بحث مقدم ضمن دورة تدريبية حول نظام الـ B.O.T برعاية البنك الإسلامي للتنمية، السودان، ٢٠٠٢م.
٣٨ ـ أبحاث ندوة: نحو دور تنموى للوقف، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٩٩٣م.
٣٩ ـ أساليب استثمار الأوقاف وأسس إدارتها، نزيه حماد، بحث مقدم لندوة: نحو دور تنموي للوقف، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ١٩٩٣م.
٤٠ ـ التمويل التنموى الإسلامى لرأس المال الثابت في الصناعة، مصطفى فضل المولى، بحث مقدم لندوة: صيغ تمويل التنمية في الإسلام بالخرطوم، ندوة رقم (٢٩)، المعهد الإسلامى للبحوث والتدريب، البنك الإسلامى للتنمية، جدة، السعودية، ١٤١٣هـ.
٤١ ـ أسلوب المشاركة المتناقصة في تمويل العمليات الوقفية كما يجريه البنك الإسلامي للتنمية، أحمد محمد الإسلامبولى، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية، المنعقد في جامعة أم القرى بالتعاون مع وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ٢٠٠١م.
٤٢ ـ الوقف الإسلامى وأثره في تنمية المجتمع (نماذج معاصرة لتطبيقاته في أمريكا الشمالية)، جمال برزنجي، أبحاث ندوة: نحو دور تنموى للوقف، الكويت، ١٩٩٣م.
٤٣ ـ عقد الإجارة مصدر من مصادر التمويل الإسلامية، عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، بحث رقم (١٩)، المعهد الإسلامى للبحوث والتدريب، البنك الإسلامى للتنمية، جدة، السعودية.
٤٤ ـ أدوات التمويل الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة، أحمد محمد الإسلامبولى، ورقة مقدمة لمؤتمر: آفاق التعاون الاقتصادى العربى لزيادة المدخرات والاستثمار، مصر، ٢٠٠٠م.
٤٥ ـ تجربة الكهرباء في المشروعات المنفذة بنظام B.O.T، معتز كامل مرسى، بحث مقدم بالدورة التدريبية حول إنشاء المشروعات بنظام B.O.T، خلال الفترة ٢٠ ـ ٢٤ يناير ٢٠٠٤م، تنظيم البنك الإسلامى للتنمية، جدة، السعودية.
٤٦ ـ نظام B.O.T (البناء والتشغيل والإعادة) في مجال إنشاء المطارات مع عرض لتجربة مصر في هذا المجال، مجدى موريس نخلة، الدورة التدريبية بالقاهرة، ٢٠٠٤م.

٤٧ ـ دور التأمين والضمان في دعم مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، ورقة المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات، دورة الخرطوم، السودان، ١٢٣ ـ رجب ـ غرة شعبان ١٤٢٣هـ، برعاية البنك الإسلامى للتنمية، جدة، السعودية.
٤٨ ـ الخدمات الاستشارية: أهميتها ودورها في مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، بحث مقدم ضمن دورة الخرطوم، السودان، ٢٠٠٢م.
٤٩ ـ نظام البوت وتطبيقاته، سيد رجب السيد، ورقة عمل مقدمة في الدورة التدريبية حول إنشاء المشروعات بنظام B.O.T، دورة القاهرة، ٢٠٠٤م، برعاية البنك الإسلامى للتنمية، جدة، السعودية.
٥٠ ـ الخدماتس الاستشارية: أهميتها ودورها في مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ورقة عمل مقدمة للدورة التدريبية حول إنشاء مشروعات B.O.T، دورة الخرطوم، ٢٠٠٢م.
٥١ ـ عباس (نبيل محمد علي): مخاطر مشروعات الـB.O.T وسبل معالجتها، بحث مقدم للدورة التدريبية المقامة بالخرطوم، السودان، ٢٠٠٢م، حول نظام الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T.

المراجع الأجنبية:

Tariqullah Khan. Financing Build. Operate and Transfer. (B.O.T) Projects: The case of Islamic instruments. Islamic Economic studies published by Islamic Research and Training institute (IRTI) of Islamic Development Bank (IDB). Jaddah. Rajab 1423h (September 2002). Vol.10. No.1. pp.26 - 27.

العرض والمناقشة والقرار

أولاً: العرض

الدكتور صالح بن عبدالله بن حميد (الرئيس):

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على مَن لا نبي بعده نبينا محمد، وآله وصحبه.

الجلسة الصباحية الثانية وموضوعها: تطبيق نظام البناء والتمليك B.O.T في تعمير الأوقاف والمرافق العامة. والبحوث المقدّمة في ذلك عشرة بحوث، والعارض هو فضيلة الدكتور عبدالستار أبو غدة، والمقرر هو فضيلة الشيخ القاضي سعود بن عبدالله الرشود. أدعو فضيلة العارض ليقدم عرضاً عن هذه البحوث.

الدكتور عبدالستار أبو غدة (العارض):

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

الموضوع: تطبيق نظام البناء والتمليك B.O.T في تعمير الأوقاف والمرافق العامة. وقد ورد إلى الأمانة العامة عشرة أبحاث في هذا الموضوع، عناوينها متقاربة وأصحابها هم حسب الترتيب الألف بائي: الدكتور أحمد محمد بخيت، الدكتور أحمد محيي الدين أحمد، الشيخ خالد الرشود، الدكتور عبدالستار أبو غدة، الأستاذ الدكتور عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، الشيخ عكرمة سعيد صبري، القاضي محمد تقي العثماني، الشيخ محمد عبده عمره، الشيخ مرتضى الترابي، الدكتورة ناهد علي حسن السيد.

وقد استجبت إلى إرشاد رئيس مجلس المجمع في الجلسة الماضية بأن علينا أن نركز على المحاور والجوانب الموضوعية، وأن نتخفف من ذكر أسماء مَن انفردوا أو أضافوا ما دام هناك تكامل بين هذه الأبحاث، وهذا يفيدنا في كسب الوقت.

المحور الأول: أهمية هذا التطبيق وتاريخه:

إن عقود البناء والتشغيل والإعادة أو نقل الملكية حسب الترجمة لاسم هذا العقد والذي يرمز له بحروف B.O.T، وبعض الباحثين يسميه عقد البوت، شهد انتشاراً في كثير من الدول وأصبحت تطبيقاته بديلاً عن التمويل عن طريق الموازنة العامة ومن خلال القروض الخارجية، أو المعونات، أو التمويل المُجمَّع عن طريق البنوك وذلك لدوره الحيوي في إيجاد مشروعات البنية الأساسية والتنمية. إن تطبيق هذ العقد ينسجم عن مبدأين اقتصاديين أساسيين وهما:

١ ـ إبراز مسؤولية الدولة عن توافر الخدمات الجماعية لمسؤوليتها الكاملة عنها.

٢ ـ تعزيز دور القطاع الخاص بما فيه البنوك لجهود الدولة في هذا المجال، لتدارك أوجه النقص في الموارد المالية العامة بحيث تستكمل عن طريق التوجه لاقتصاد السوق، والتوجه نحو التحرر من القيود التي تعوق الاستثمار.

وأما تاريخه فيرجع هذا التطبيق لدى الغربيين إلى عام ١٧٨٢م في فرنسا، وبعدئذ تداخل مع نظام الامتياز المطبّق في إنشاء السكك الحديدية ومشاريع الماء والغاز، ثم توقف تطبيقه، وتجدد بعدئذ عام ١٨٣٠ .وقلت: لدى الغرب، لأنه أُكتشف أن لدى المسلمين تطبيقاً مماثلاً لهذه الصيغة في القرون الأولى في عهد التابعين كما سيأتي.

مجالات هذا التطبيق: البنية الأساسية والمرافق العامة:

والبنية الأساسية تنقسم إلى قسمين:

١ ـ بنية أساسية اقتصادية مثل: المطارات والموانئ والجسور.

٢ ـ بنية أساسية اجتماعية تضم خدمات التعليم والصحة والإسكان.

وقد سبقت الإشارة إلى أن تأمين هذه البنية الأساسية بنوعيها يمكن

أن تقوم به الدولة (القطاع العام) عن طريق الموازنة وغيرها، ولكن هذا النظام يُخفف العبء عن الموازنة العامة ويجعلها تتجه إلى أكبر نطاق من الخدمات.

التعريف بعقود البناء والتشغيل والإعادة B.O.T:

هناك صور عديدة لهذا العقد حتى إن بعض الباحثين أطلق عليه أنها عائلة B.O.T، لأنه وُجد سبعة عشر تطبيقاً لهذا العقد تختلف بين أن تكون هذه الثلاثية والتي هي البناء والتشغيل والإعادة أو يتخللها التملك ويتخللها الصيانة ويتخللها تطبيقات أخرى، فتشقق هذا الأصل إلى سبعة عشر تطبيقاً أوردتها في ورقتي.

هناك تعريف لمنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية UNEDO وتعريف آخر ONISTERIL. وهذا التعريف هو: نظام تعاقدي يقوم القطاع الخاص فيه بتنفيذ الإنشاء شاملاً التصميم والتمويل لمشروع بنية أساسية وإدارته والاحتفاظ به، وفي خلال فترة الإدارة المحددة يحق له الحصول على مقابل الخدمات التي قدمها من عوائد ورسوم وحقوق ملكية ليتمكن القطاع الخاص من استرداد استثماراته، ومقابل تكليف الإدارة، بالإضافة إلى عائد مناسب، وفي نهاية المدة يقوم القطاع الخاص بنقل الملكية إلى الجهة الحكومية أو جهة خاصة أخرى جديدة من خلال مناقصة عامة.

وقد استخلص أحد الباحثين تعريفاً مختاراً وهو أنه امتياز تمنحه الدولة أو إحدى هيئاتها لمستثمر، فرداً أو شركة وطنية أو أجنبية، يتم بمقتضاه تدبير التمويل اللازم لإنشاء أو تطوير وإدارة وتقديم إحدى مرافق البنية الأساسية للمنتفعين مقابل الحصول على عوائد لمدة محددة تنتهي بتسليمه لها في حالة صالحة لاستمراره أو لتجديد العقد مرة أخرى.

خصائص هذا العقد أورَدتها هذه الأوراق بشكل محدود أو متزايد، وخلاصة هذه الخصائص: أن هذا العقد ليس كالعقود الأخرى التي تتم بين طرفين لهما مُطلق الحرية في تحديد الشروط والصلاحيات

والواجبات والحقوق، وإنما هو يشبه عقود نمطية أقرب ما تكون إلى عقود الإذعان، وهناك أيضاً خصيصة أخرى أن هناك قواعد قانونية لتحقيق مصالح الجمهور بعيداً عن الاحتكار، وهناك تطور مستمر في تطبيق هذا العقد بسبب تطور التزامات المرافق العامة وخصوصاً في مجال المعلومات والاتصالات، وهذا يتطلب التغيير المستمر. وأنه من خصائصه أنه صالح لإقامة المشاريع الكبيرة دون تحميل أعباء مالية تُثقل كاهل الدولة، وأنه يُطوِّر الخبرات والمهارات الوطنية من خلال استقطاب الخبرات الأجنبية، وأنه أيضاً يؤدي إلى تدريب العمالة الوطنية، ونقل التكنولوجيا، وتلبية حاجة المجتمع، وهذا جاء في ورقة الأستاذ عبدالوهاب أبو سليمان.

الأطراف ذات الصلة ثلاثة أطراف أساسية، وهي: الدولة، والشركة المنفذة، والمستخدمون للمشروع. وقد أضافت إحدى الأوراق أطرافاً أخرى، وهي: الجهة الممولة، لأنه قد تكون الشركة المنفذة عندها الخبرة والخدمات وليس لديها التمويل فتتوسط بينها وبين الدولة شركة ممولة. كذلك أضاف المقاولين الثانويين الذين يأتون وراء الشركة المنفِّذة لبعض الخدمات التخصصية.

هناك مراحل لإنشاء هذا التطبيق، وهي: التحضير له، ثم الإنشاء، ثم التشغيل، ثم النقل، وهذا التطبيق ملائم كل الملاءمة لتعمير الأوقاف وإنشاء المرافق العامة، لأن الملكية تكون للمستفيد وهو الوقف وللدولة، ولا تكون الملكية لمَن يُنفذ هذا التطبيق ويقوم به.

وهناك تفاصيل في هذه الأطراف الثلاثة من حيث حقوقها وواجباتها، وهي لا تخرج عمّا يتم في الاستصناع المُركَّب.

هناك أيضاً ما يتعلق بإيجابيات هذا التطبيق وسلبياته، وهذه الإيجابيات بعض الأوراق أبلغتها إلى اثني عشر إيجابياً، وبعضها اقتصرت على أقل. أما السلبيات أيضاً فهي كثيرة في بعض الأوراق وقليلة ولكن إحدى الأوراق قالت: إن هذه السلبيات يمكن تلافيها من خلال التقنين ومن خلال التنظيم والشروط التي تضعها الدولة لتخفيف

السلبيات، بمعنى أن الإيجابيات هي أكثر من السلبيات، والمصالح أكثر من المفاسد، وهذا مبدأ عام في الشريعة.

المقاصد الشرعية من هذا التطبيق أشارت إليه إحدى الأوراق وأنها تُحقق استثمار المال وتوفير ما يحفظ النفس من خدمات ومرافق.. إلى آخره.

أريد أن أركز على التخريج الفقهي الذي هو أهم هذه الجوانب.

التخريج الفقهي:

أولاً: التخريج التراثي: ورد في كتب مؤسلة منها مصنف ابن أبي شيبة، والبيان والتحصيل لابن رشد، والأم للشافعي، والذخيرة للقرافي، والمصنف كما تعلمون هو في عهد تابع التابعين، ونقل عن التابعين فجاء في المصنف: كان محمد ـ ولعله ابن سيرين ـ يكره أن يستأجر العرصة ـ أي: الساحة ـ فيبني فيها من أجرها، لا يستأجرها هكذا أو يدفع ثمناً وأجرة وإنما يستأجرها ويبني فيها ويجعل هذا البناء هو أجرة هذه الأرض التي استأجرها.

وجاء في البيان والتحصيل لابن رشد: لو قال رجل لآخر: أعطني عرصتك هذه أبنيها بعشرة دنانير أو بما دخل فيها على أن أسكنها في كل سنة بدينار حتى أوفي ما غرمت فيها وأصلحت. قال: إن سمي عدة ما يبنيها به، وما يكون عليه في كل سنة فذلك جائز.

وواضح أن هذه الصورة مطابقة لعقد (B.O.T) ففيها استصناع ثمن يستوفى من الانتفاع بالمصنوع مدة تكفي لاسترداد ما دفعه الصانع، وهو جوهر هذا التطبيق.

هناك تخريج آخر من التخريجات التي جاءت في الملتقيات الفقهية الجماعية في ندوة البركة التي حضرها عدد من الفقهاء الحاضرين في هذا المجلس وهو أنه استصناع، والاستصناع يمكن أن يكون ثمنه نقوداً، أو أن يكون أعياناً، أو أن يكون منافعاً، أو أن يكون منفعة المصنوع نفسه. وهذا هو الذي يجري في تطبيق الـ B.O.T. فالـ B.O.T الجهة

المنفذة تصنع هذه المنشأة أو هذا المشروع ولا تأخذ ثمناً عن هذا، وإنما يكون الثمن انتفاعها بهذا المشروع لمدة تستوفي فيها ما صرفت من تكلفة وما تستهدفه من ربح ثم تعيده إلى الجهة الرسمية والتي هي الدولة بهذا الشكل. وهناك ثلاثة تطبيقات لهذا الاستصناع أشرت إليها في الورقة.

ثانياً: التخريج الثاني على عقد الإجارة، وله صورتان:

الصورة الأولى: إجارة الأرض إلى مَن ينشئ فيها مشروعاً بحيث يكون مملوكاً للجهة المنشئة، ثم تُملِّكه إلى الجهة الطالبة على سبيل الوفاء بالأجرة التي يتم تحديدها، وأن تكون هي منفعة المشروع نفسه.

الصورة الثانية: تحديد أجرة معلومة عن الأرض، ثم تقييم المشروع وتسليمه على أساس أنه هو الأجرة، وإجراء المقاصة بين قيمة هذا المشروع وبين الأجرة المحددة التي التزم بها المستأجر.

هناك تخريج آخر على أساس الجعالة، ومدخل الجهالة هنا أن هذا المشروع لا يمكن تحديد الأعمال التي تُطْلَب لإقامته، وهذا شأن الجعالة أن العمل مجهول والجعل معلوم. وهو أن يطلب صاحب الأرض من جهة إنشاءات إقامة مشروع عليها بجُعل هو الانتقاع بالمشروع المنشأ مدة معلومة. ومحل الجعالة هو المشروع والجُعل. ولا يشترط أن يكون الجعل نقوداً أو أعياناً بل يصح أن يكون منفعة ولو منفعة المشروع نفسه، مثل الجعالة على تحصيل الديون بجزء منها، وهنا تُثار قضية قفيز الطحان وغيرها، ولكن لها حلول فقهية معروفة.

تخريجه على عدد من عقود الوقف وتطبيقاته مثل الحكر، والإجارتين، والمرصد، وغيرها، وهذه جاءت في بعض الأوراق وإن كان هناك فرق في هذا، لأن المرصد والحكر وغيرها إنما هو تمليك لأدوات وأثاث وليس تمليكاً لمشروع يُقام أو يُنشأ، وكذلك الإجارتان اللتان كانتا فيها، تطبيقاً لإعمار الأوقاف التي ليس لها دخل أو ريع تُعمر منها فكانت تُحدد أجرتين: أجرة قليلة للحفاظ على ملكية الوقف لهذه

العين، وأجرة كبيرة تُؤخذ مرة واحدة ويُعمر بها. فهناك شبه بين هذه التطبيقات الوقفية وبين العقود.

هناك أيضاً تكييف على أنها شركة، ولم يتضح وجه هذا التكييف والأمر للمجمع في المناقشة.

هناك تكييف على أساس الإقطاع وعقود الامتياز. والحقيقة أن B.O.T لا يخلو عن فكرة الامتياز، لأن الدولة تختار وتُلقي بهذا المطلب إلى إحدى الجهات، فهو امتياز وتخصص ولكن لا بد أن يكون معه استصناع، لأن الامتياز قد يكون في التنقيب، وقد يكون في الإدارة، وقد يكون في تطبيقات أخرى، لكن هناك تطبيق لإقامة منشأة وهذا هو الاستصناع الذي نعرفه كما تعلمون هو بيع مواد أشترك فيها العمل.

هناك تطبيق على أساس أنه عقد مستحدث، وأنه انطبقت عليه ضوابط العقود التي تصبح بها مشروعة، وليس من الضروري أن نخرِّجه على أحد العقود أو التطبيقات المسماة الموجودة والمدونة في كتب الفقه، وهذا مبدأ كثُر تطبيقه في تخريج القضايا المعاصرة.

هناك تخريج على أنه عقد مركب، وهذا العقد المركب فيه البناء، وفيه التشغيل، وفيه الصيانة، وفيه النقل والتحويل للملكية، وهذه المراحل كلها تحتاج إلى عقود. لكن الذي قدّم هذه التخريجات ـ العقد المستحدث، والعقد المركب ـ قال: إنه استصناع تغليباً.

أخيراً أريد أن أُشير إلى أن بعض الأوراق أضافت تفاصيل كثيرة وبياناً للإجراءات التي تتمم وهذه جوانب تنظيمية إجرائية ليست محلاً للبحث الفقهي، وإنما هي وسائل مشروعة لتحقيق هذا التطبيق.

أيضاً بعض البحوث أشارت إلى مفسدات هذا العقد وكيف يتم تصحيحها، وإلى نظرية الظروف الطارئة التي لا بد من مراعاتها حتى لا تتضرر الجهة المنفذة التي تتفق على تحصيل ما دفعته من تكاليف وعائد مستهدف، فإذا لم يتحقق هذا بسبب عدم إقبال الناس على استخدام هذا المشروع أو بسبب زيادة التكاليف عما كانت تتوقع الجهة المنفذة فإنها

تلجأ إلى الجهة الحكومية وتطلب إزالة هذه الجائحة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة التي يقابلها في الفقه الإسلامي نظرية الجوائح المعروفة لكم.

وأخيراً أقول: إني أوجزت هذا وأعتذر لأصحاب الأبحاث إذا كنت لم أنوّه صراحة بجهودهم فنحن نعتبر أن المعرفة تراكمية وأن أبحاث المجمع متكاملة للوصول إلى تحقيق جوهر الموضوع والوصول إلى قرار يؤكده ويؤصله. والله أعلم.

الدكتور صالح بن عبدالله بن حميد (الرئيس):

شكراً لالتزامك بالوقت. الآن أصحاب البحوث ممن يرغب أن يستدرك على العارض إن كان ثمة أمور تستدعي الاستدراك في بحثه.

الدكتورة ناهد السيد (باحثة):

بسم الله الرحمٰن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد.

لقد تناول العارض العديد من النقاط ـ فجزاه الله عنا كل خير ـ إلا أن هناك ثلاث نقاط أود أن أؤكد عليها:

أولاً: أثر مشروعات الـ B.O.T في دفع مساوئ الخصخصة. إذا كانت الخصخصة تعني بيع الحكومة لشركات قطاع الأعمال العام الأمر الذي يؤدي إلى تناقص الملكية العامة، فإن مشروعات الـ B.O.T تمثل إضافة للمشاريع التي تمتلكها الدولة، وهذه الإضافة إنما تُعد ضمانة لحقوق الأجيال القادمة، وبذلك فهي تتفادى الآثار السلبية للخصخصة.

ثانياً: أثر عقود الـ B.O.T في تثمير الممتلكات الوقفية. يمكن أن تستخدم عقود الـ B.O.T في تعمير الأعيان الوقفية لمصلحة كل من الوقف والموقوف عليهم. أما عن الوقف فذلك عن طريق إعادة إعماره، أما عن الموقوف عليهم فبتوفير عائد مُجزي يُغطي متطلباتهم، وذلك بعد انقضاء فترة الامتياز، حيث يمتلك الوقف بعدها عيناً وقفية قادرة على

إدرار ربح بعد أن كانت عاجزة عن توفير دخل للموقف عليهم دون الحاجة إلى تدبير مصادر تمويلية جديدة.

ثالثاً: الحكم الفقهي لعقود الـ B.O.T. تتعدد الصور التي يمكن أن يندرج تحتها عقد الـ B.O.T كعقد الإجارة، وعقد الاستصناع، وغير ذلك.

وخلُصت الدراسة إلى تكييف عقد الـ B.O.T على أنه عقد مستحدَث قد يقترب من الشركة الموقوتة والتي تتكون من طرفين، هما: الدولة المضيفة للمشروع، والمؤسسة المنفذة له. وتنتهي هذه الشركة بنهاية فترة الامتياز، ومن ثم يؤول المشروع إلى الدولة المضيفة.

وعليه فإن عقد الـ B.O.T لا يتعارض مع الأُسس والمفاهيم الشرعية، ولذلك يُعد عقداً جائزاً شرعاً. والله أعلم.

الدكتور أحمد محمد بخيت (باحث):

بسم الله الرحمٰن الرحيم، الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله، وعلى آله وصحبه ومَن والاه.

شكراً معالي الرئيس، وأشكر الأستاذ الدكتور العارض جزاه الله عني كل خير. ولي إضافات يسيرة إلى ما قدّمه سيادته.

أولاً: عقود الـ B.O.T تمثل حلاً أمثل في التنمية لا سيما بالنظر إلى الدول النامية، ولكنها من العجلة وعلى ضوء الدراسات التي تمّت في الواقع تؤدي إلى عكس المأمول منها، ففي غير حالة دولية تمخضت مشروعات الـ B.O.T عبئاً إضافياً على موارد هي مرهقة أصلاً ومرافق تعاني العجز عن الإشباع الأمثل للحاجات العامة.

ثانياً: لا يخفى على حضراتكم أن الأوقاف غالباً ما تُدار من قِبَل

الدول الآن، ثم إن المرافق العامة في لغة القانون تستخدم بمعنى غير المعنى الذي يغلب في الفقه الإسلامي، وإن هذا لا يعني أن الفقه الإسلامي لم يستخدم هذا المصطلح في المعنى القانوني. ففي القانون يغلب على المرفق معنيان:

أولهما: ما يفيد معنى الجهاز أو المنظمة التي تعمل على أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة.

ثانيهما: عضوي، ويتعلق بالنشاط الصادر عن هذه الجهة الإدارية بهدف إشباع حاجات عامة خاضعاً لتنظيم وإشراف رقابة الإدارة. وكما قال أستاذنا الدكتور عبدالستار أبو غدة فإن هذا المعنى يجب أن يلاحظ في تحديد معنى الـ B.O.T وفي الحكم عليه، فهو ذو شبه شديد بعقد الامتياز وإن لم يكن هو هو. والمرفق العام بهذا المعنى الأخير يُرادف مصطلح المصلحة العامة في الفقه الإسلامي، واعتباره المصالح أنشطة وليس مجرد أعيان، وهذا واضح جداً في كلام حجة الله الدهلوي، رحمه الله.

ثالثاً: إن تنمية الأوقاف والمرافق العامة من قبيل ما لا يتم الواجب إلا به ويصح بكل ما يحقق ذلك في إطار ضابطي الحلال ومراعاة المقاصد في الأموال والأملاك.

رابعاً: من الأصول الشرعية حرية التعاقد. وفي ضوء ذلك أؤكد على قول الأستاذ الدكتور نزيه حماد وهو ما بنيت عليه مشروع قراري في النهاية: أن كل اتفاقية مركبة من مجموعة عقود تهدف بصورتها المتكاملة إلى تحقيق وظيفة معينة يجب اعتبارها في النظر الفقهي الاجتهادي وحدة واحدة، ولا يكفي للتعرف على حكمها تفكيكها إلى أجزاء مُفردة والنظر في مشروعية كل جزء منها على حدة لأنها عقد مركب مزيج من ذلك كله وفقاً لشروط معينة تحكمها كمعاملة واحدة مترابطة لا تقبل التجزئة.

على أساس ذلك عرَّفت العقد أو اتفاق الـ B.O.T بأنه اتفاق مالك أو مَن يمثله مع ممول على أن يقوم الأول بتمكين الثاني من إقامة منشأة بتمويل منه على مِلك للأول، على أن يكون للثاني الحق في إدارة هذه المنشأة وقبض العائد منها كاملاً أو حسب الاتفاق خلال فترة من الزمن مُتفق عليه يُتصور أن يسترد خلالها رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، على أن يكون للمالك وأن تكون المنشأة صالحة للأداء المرجو منها.

كما ذكر أستاذنا أبو غدة فإن للعقد أو للاتفاق إيجابيات كثيرة وسلبيات يمكن التغلب عليها، وأهمها في رأيي اثنين، وأنا ذكرت خمس سلبيات أهمها عندي اثنين:

أولاً: أن هذا الاتفاق يرتب أوضاعاً سياسية واقتصادية قد يشق التعامل معها مستقبلاً، وذلك لأن عقود الـ B.O.T تُعقد لمدد طويلة قد تبلغ تسعاً وتسعين سنة. ومع اضطراد العمل بشرط الثبات التشريعي، أي تنفيذ الالتزامات وفق النصوص القائمة حال إبرام العقد وإن تغيرت، فإن اعتبار المصالح الساقطة أو الباهتة وإغفال المصالح الواجب اعتبارها يبدو قدراً لا فكاك منه ويُقيد ـ كما يقول بعض الباحثين القانونيين ـ أجيالاً من بعدها أجيال. ومثل هذا كان علماء المسلمين يحتاطون له في التحكير، وفي استثمار الوقف بالإجارتين أو بالإجارة المديدة مخافة أن يُضار الوقف على طول الأمد. وهذه المسألة يمكن علاجها بأن يكون الفريق المفاوض الذي يتولى صياغة شروط الاتفاق على دراية بمثل ذلك.

ثانياً: أن أغلب عقود الـ B.O.T إن لم تكن كلها تتضمن نصاً يستبعد الاختصاص القضائي لدولة المقر، ويحتم الالتجاء إلى التحكيم، وعادة ما تحدد لذلك جهات تحكيم أجنبية بما قد يؤدي إلى العديد من المشكلات والمساس بالسيادة الوطنية، وتفادياً لهذه المشكلة أتصور أنه ينبغي أن تكون هناك جهة أو هيئة تُعنى بتدريب كوادر قادرة على التحكيم ويُدرس لها الأمور التي تتعلق بمثل ذلك

حتى إذا ما قدر وعُقد عقد من هذا القبيل مع ممول أجنبي نكون قد احتطنا لذلك.

على أية حال لقد رأيت في النهاية أن هذا العقد ـ كما قال بعض الإخوة ـ عقد مستحدث، وأنه جائز ولكن أحكامه تحتاج إلى شيء من الدراسة والتأنّي. جزاكم الله عني كل خير وشكراً لكم.

الشيخ خالد الرشود (باحث):

الحمد لله حمداً سرمداً لا يقطعه الأبد ولا يُفنيه العدد، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، الواحد الأحد الفرد الصمد، وأشهد أن نبينا محمداً عبده ورسوله، أفضل مَن صلّى وصام وسجد وعبدَ، صلّى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلّم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين.

الاستدراك الأول على نفسي في بحثي وهو مختص بالتعريف الذي ذكرته، حيث إنني ذكرت أن التعريف المختار لعقد الـ B.O.T هو: اتفاق بين طريقين أحدهما يملك الأرض ـ والصحيح لو ذكرنا العقار، يملك العقار ـ والآخر يقوم بتنفيذ وتشغيل مشروع على ذلك العقار لصالح مالكه على أن يكون له الانتفاع بذلك مدة محددة.

وقصدت بهذا التعريف الخروج من قيد الارتباطات التي وضعت على عقد الـ B.O.T، بحيث يكون هذا العقد عقداً مجرداً من جميع الارتباطات والاجتماعات التي عقدت في ظل أطراف هذا العقد.

الاستدراك الآخر هو على فضيلة العارض سدّده الله ووفّقه، ولا شك أن عرضه جاء شاملاً قيّماً لكنه ذكر بأن عقود الـ B.O.T هي شبيهة بعقود الإذعان. وفيما اطلعت عليه أن هناك أمراً محدداً ومهماً

لا بد من التنبيه عليه بالنسبة لعقود الـ B.O.T وهو نية العاقدين فلها أثر في بيان تكييف هذا العقد، وبيان مسألة شبهه بعقود الإذعان من عدمها، فنية العاقدين أولاً، أما نية الدولة، فالدولة محتاجة إلى ذلك المشروع، وهي طالبة له، راغبةٌ فيه، ولم يأتِ ذلك المستثمر سواء كان كونسرتيوم (مجموعة) أو كان فرداً أو شركة ليست هي التي طلبت استئجار الأرض، فنية العاقدين لها أثر في تكييف العقد.

وبناء عليه فلا يوجد هناك شبهٌ لعقد الـ B.O.T بعقود الإذعان، لأن في هذه الحالة الدولة هي التي رغبت في تنفيذ هذا المشروع. وبناء عليه فالمستثمر أحياناً يضغط على الدولة في فرض شروط له لأجل الاستثمار في مثل هذه العقود من ناحية إطالة المدة وتكثير الرسوم، إلى غير ذلك.

المسألة الأخرى هي وجه الاختلاف والشبه بين أقوال السابقين التي ذكرها بعض أهل العلم كما رُوي عن ابن القاسم، والإمام الشافعي، رحمهم الله، في أن ما ورد عنهما أنه لما سُئل الإمام الشافعي قال عن الأرض: يدفعها لمَن يكتريها ثم يبني فيها أو يغرس، ثم يجعل ذلك الغراس أو البناء أجرة لانتفاعه من الأرض. فالإمام الشافعي، رحمه الله، أجازه، وكذلك ابن القاسم أجازه بشرط أن يُحدد ما يعمل فيه، يعني البناء أو الغراس كم قيمته وكم قدره.

أوجه الاختلاف بين عقد الـ B.O.T، وهذه الصورة لها وجهان:

الوجهان الأول: أن صاحب الأرض في عقد الـ B.O.T محتاج للبناء ـ كما ذكرت ـ وطالب له بخلاف ما ههنا.

والوجه الثاني: أن المنتفع بالأرض في الصورة التي وردت عن الإمام الشافعي وغيره يدفع ما أقامه من بناء أو شجر كأجرة لانتفاعه بالأرض، بينما في عقد الـ B.O.T فإن صاحب الأرض ومالك البناء يدفع البناء لمَن قام ببنائه ليستوفي أجرته من غلته، يعني الذي يستوفي منه هو الغلة وليس البناء ذاته. وهذا أيضاً يُحدِث فرقاً بين المسألتين، وهذا

ينفعنا في تكييف العقد، فإذا كان طالب العقد ـ الأرض ـ هو الذي يُريد البناء وهو الذي يطلبه ففي الغالب يكيّف على أنه عقد استصناع.

المسألة الأخرى: أن بيان الإجراءات والآليات التي يتم بناءً عليها ترسية عقد الـ B.O.T يُبيّن ويوضح لنا هذه المسألة التي ذكرت وهي وجود النية ـ نية العاقدين ـ وكيفية ترسية هذا الأمر على الشركة أو المستثمر، فهذا يبيِّن لنا أو نستطيع عن طريق هذه الإجراءات والآليات أن نُحدد تكييف هذا العقد ونُنزله على عقد معلوم وواضح لنا.

في الختام أشكركم وجزاكم الله خيراً، والله ولي التوفيق.

الدكتور عبدالوهاب أبو سليمان (باحث):

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

لا يخفى على السادة الأعضاء أن صحة التكييف الفقهي معتمدة على صحة ووضوح التصور.

العقد هذا يشتمل على ثلاثة عقود وليس عقداً واحداً، وهي:

١ ـ عقد البناء.

٢ ـ عقد التشغيل.

٣ ـ عقد إعادة المِلك.

وكل عقد من هذه العقود له شروط وله ذاتيةٌ خاصة. فعقد البناء من الممكن أن تجعله عقد تصنيع (استصناع)، لكن ماذا تقول عن العقدين التاليين؟ فهؤلاء الذين قالوا إنه عقد استصناع نسوا الأطراف أو العقود الأخرى. ولذلك أقول: لماذا نحاول دائماً أن نُدخل هذه العقود الحديثة ونضمها ولو بالتعسف إلى عقود مسماة قديمة، وهذا مذهب الحنفية؟ لكن الله أعطانا سعة في ذلك. أصل العقود الإباحة.

الشيء الثاني: أنه وضع لنا المتقدمون حقائق تُعطينا حرية وإثراء الفقه الإسلامي ولكننا نريد أن نضيعه!! فلمَ لا يكون عقداً مستقلاً؟ وكوننا ننزله على الإجارة، الإجارة لها أحكامها، فأين موضوع البناء؟ الأوقاف عملية بسيطة جداً لكن هذه عملية معقدة كبيرة جداً كالتشبيه بين القزم والعملاق!! فالفقه الإسلامي أعطانا الحرية الكاملة لأن نُثريه، ولأن نزيد ونضيف في العقود ما لم يُضفه المتقدمون.

مثلاً عندنا ابن رشد، وهو المقياس الحقيقي والأساسي لكل عقد جديد، يقول: أسباب الفساد العامة في العقود التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع وهي: تحريم عين المبيع، الربا، الغرر، الشروط التي تؤول إلى أحد هذين الأمرين أو لمجموعهما، وهذه الأربعة هي بالحقيقة أصول الفساد، وذلك أن النهي إنما تعلق فيها من جهة ما هو بيع من الخارج.

إذن لماذا أنا أصر على أن يكون استصناعاً؟ وللأسف نحن عشنا في هذا المجمع ما أشبه الليلة بالبارحة. في عقد البطاقات كُنا نظن ونتحدث وكُتبت كتابات كثيرة على أنه عقد واحد، وتبين فيما بعد أنه عقود عديدة.

فأنا أرجو من الإخوة الذين يبحثون في هذا الموضوع ألاّ يضروا أنفسهم ويضيِّقوا الفقه الإسلامي.. يحكمون على الإجارة، يكون على الوقف، يكون على كذا، لمَ لا يكون عقداً مستقلاً بذاته؟ فإذا خلا من العيوب وإذا خلا من أسباب الفساد عندئذٍ لمَ لا يكون عقداً جديداً يُضاف إلى العقود الإسلامية الجديدة؟ لا يوجد شك في أن هذا أصلح العقود بالنسبة للوقف. لأنه يحفظ الأصول ويُحقق الفائدة والانتفاع والاستثمار للمنتفعين.

فأنا أؤكد على أن هذا عقد مستقل. أما أنه استصناع فإن صحّ في جزء لا يصح في جزء آخر، وهكذا. وإذا تخلل هذا العقد نوع من الفساد فنحن عندنا في الشريعة الإسلامية نظرية: تفريق الصفقة، فممكن

أن يكون فاسداً في جزء وصحيحاً في جزء، وإذا كان رأس المال لا يمكن لهذه المجموعة أن تُقيم ذلك المشروع فعندنا المشاركة، وعندنا تسهيم وتصكيك هذا المشروع، وعندئذٍ نخرج من عقدة الربا. هذا جانب. الجانب الآخر وهو مَن قال: إنه مشاركة. المشاركة لها شروطها.

إذن فأنا أصر وأود من الإخوة أن يكون لهم تصور صحيح وتوضيح كامل لهذا العقد حتى تتم صحة التكييف. وشكراً جزيلاً.

القاضي محمد تقي العثماني (باحث):

بسم الله الرحمٰن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الكريم، وعلى آله وأصحابه أجمعين.

أما بعد، الواقع بعد الشكر لفضيلة الدكتور عبدالستار أبو غدة لهذا العرض الذي لخّص فيه ما جاء في هذه البحوث، فقد اتفقت البحوث على أن هذا العقد: عقد البناء والتشغيل أو التمليك، من أهم العقود التي تحتاج إليها الحكومات خاصة لتمويل البنية الأساسية، ولو شُجع مثل هذه العقود ربما تستغني الحكومات عن الاقتراض الربوي في كثير من الحالات.

البحوث اختلفت في تخريج هذاع العقد، تخريجه الفقهي وتكييفه الفقهي. وما ذكره الدكتور عبدالوهاب أبو سليمان من أنه عقد مستحدث فلا يجب أن يدخل في أحد من العقود المسماة المعروفة في الفقه الإسلامي، هذا ممكن أن نلجأ إليه إذا لم نجد لذلك تخريجاً مناسباً في العقود المسماة المعروفة في الفقه الإسلامي، ولكن تخريجه على أساس الاستصناع، في الواقع ليس فيه أي اعتراض حقيقي، لأن هذا العقد وإن كان مركّباً من البناء أولاً، ومن التشغيل ثانياً، ثم نقل الملكية إلى الحكومة مثلاً، فإنه يمكن تخريجه على أساس أنه استصناع في البناء، والتشغيل هو قيمة الاستصناع، مع العَوْد ونقل الملكية إلى صاحب

الأرض أو الحكومة فإنه من طبيعة الاستصناع، لأن الأرض كانت مملوكة للحكومة، والحكومة هذه قد عقدت استصناعاً مع الجهة الصانعة، والتشغيل صار ثمن ذلك الاستصناع، ثم من طبيعة هذا العقد أن ترجع الأرض إلى الحكومة. لذا ليس هناك اعتراض حقيقي على تكييفه على أساس الاستصناع.

وما دمنا نجد في الفقه الإسلامي الموروث تخريجاً مناسباً فلا داعي أن نقول: إن هذا عقد مستحدث، لأننا لو جعلنا ذلك قاعدة عامة أن كل عقد مستحدث يجوز بدون أن يدخل في أي عقد من العقود المسماة فإنه ربما يجعل العمليات متخلخلة، وربما يؤدي إلى كثير من المفاسد.

فأنا أميل إلى تخريجه على أنه عقد الاستصناع، أما التخريجات الأخرى كالإجارة والكراء وما إلى ذلك ففيها شبهات وفيها اعتراضات، ولكن عقد الاستصناع في نظري هو الأصل لتكييف هذا العقد. والله سبحانه وتعالى أعلم.

الدكتور عكرمة سعيد صبري (باحث):

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم، بسم الله الرحمٰن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا وحبيبنا محمد النبي الأمي الأمين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

شكراً سيادة الرئيس، وشكراً لأخي العارض، وأود أن أشير إلى نقاط سريعة:

أولاً: في العام الماضي أقيمت ندوة حول استثمار الوقف من الناحية العملية والتطبيقية من قبل أمانة الأوقاف في دبي، وقد صدر كتاب عن أوقاف دبي يحتوي على البحوث التي أُلقيت في هذا المؤتمر، كما حصل في الكويت أيضاً، يا حبذا لو أن الأمانة العامة للأوقاف بدبي

تؤمن نسخة من الكتاب الذي صدر عنها إلى الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ليتم التكامل، والكمال لله وحده.

ثانياً: يحسن أن نشير إلى أن رئيس وزراء تركيا تورغت أوزال يرجع له الفضل في استخدام تعبير الـ B.O.T لأول مرة وكان ذلك في عام ١٩٨٠م، وهذا من باب لا تبخسوا الناس أشياءهم، وحتى لا نعزو جميع هذه العقود إلى الغرب.

ثالثاً: أرى أن عقود الـ B.O.T وما يتفرع عنها إيجابية ومشروعية، ولكن لي تحفُّظ على العقد الذي يتضمن التمليك الذي يُرمز له بـ O.O.T، لأن التملك يتعارض مع الأراضي الوقفية، كما يتعارض أيضاً مع أملاك الدولة، لأن فتح هذا الباب يؤدي إلى الخصخصة، وهناك تحفُّظ على الخصخصة أيضاً.

رابعاً: كما هو معلوم أن من أنواع إجارة الوقف الحكر الذي يعني الإجارة المفتوحة دون تحديد سنوات، وما هو معلوم أن الحكر قد عرَّض الأملاك الوقفية إلى الضياع، واقتراح إلغاء عقود الإحكار الوقفية واستبدالها بعقود الإجارة الطويلة أو القصيرة، لأن هذا النوع كان في فترة من الزمان ولكن لم يصلح في وقتنا الحاضر.

وأخيراً ختمتِ بحثي بمشروع للقرار يمكن للجنة الصياغة الاطلاع عليه آملاً الاستفادة منه، وبارك الله فيكم، وشكراً، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

ثانياً: المناقشات

الشيخ محمد المختار السلامي:

بسم الله الرحمٰن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، اللهم صلِّي وبارك على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلّم تسليماً.

أما بعد، إن المتصرف في الأرض سواء أكان ذلك بالملكية أو كان يتصرف فيها باعتباره أنه قيِّم عليها كلاهما يريد، وعليه أن يستثمر هذه الأرض، وألا يتركها بواراً أو غير نافعة. فعليه أن يُحقق من المنافع ما يعود على المجتمع وعلى ذات المالك أو الوقف أو الشيء المُتصرَّف فيه.

فهنا مالك للأرض يبحث عن استثمار هذه الأرض، وهناك طرف آخر يُقيم على هذه الأرض ما يُقيم ويعمل ما يعمل ليحقق كسباً. فأصل النظرية بين هذين الطرفين مقبولة شرعاً، الشارع الحكيم تحدَّث وبيَّن المزارعة، والمغارسة، فهذه من العقود التي هي في حقيقتها إنما هو توافق إرادتين: إرادة المالك، وإرادة مَن يعمل في ذلك الملك. ثم ضبطوا هذه العقود بضوابط تضمن لكل طرف حقوقه. الطرف الأول وهو مالك الأرض أو المتصرف فيها والقيِّم عليها يعرف أرضه وما يعود إليه، والطرف الثاني الذي يقيم البناء. هذا هو الذي فيه نوع من الإشكال وهو ما سيأخذ في مقابل ما يُقيم عليه، وهذا ما نجده في المغارسة والمساقاة أنه ليس معلوماً عنده عند الدخول في العقد ما يحصل له، فهو مقبول شرعاً مع هذه الجهالة أن تُعقد هذه العقود.

وبناءً على هذا فالذي يُقيم على أرضٍ بناءً ينتفع به لمدة معينة، هو كالذي يغرس أشجاراً ليأخذ نصيبه من تلك الأرض ومن الأشجار في نهاية العقد، وهو كالمزارع الذي يزرع الأرض ويُسمِّدها ثم يأخذ في

نهاية كامل أيام العقد خراج تلك الأرض ثم يعيدها لصاحبها.

البنوك الفقهاء بالنسبة للمزارعة أو بالنسبة لكراء الأرض أنها لا تجوز لأكثر من عشر سنوات، لكن هذا خوفاً من أن يتملكها وأن تُنسى العقود الأصلية فتذهب الملكية ويحصل النزاع، أما اليوم مع ضبط الأمور والعقود وتسجيلها وضبطها فإن هذا لا خوف منه.

وبناء على هذا فإني لا أرى أن هناك أصل في نظري أن هذا من باب الاستصناع، لا استصناع، لكن الذي فيه هو أن الذي يأخذ الأرض صاحب المال الذي يريد أن يستثمرها هو يحقق مشروعاً يُتفق عليه، وهذا المشروع يدر ربحاً له، فإذا رجعت له أمواله أرجع المشروع إلى صاحبه.

بقي أمر آخر وهو ما يطرأ على هذا العقد. هذا العقد تطرأ عليه أمور كثيرة، أو محل العقد. قد يبني بناءً، أو يُقيم طريقاً أو يبني سدًّا، أو نحو ذلك، فيحصل زلزال أو يذهب. هذه العقود يجب في نظري أن يُنتبه إلى ما يمكن أن يحصل على العقد فيُلحق بالعقد النواحي التي يمكن أن توجب خلافاً في المستقبل فيُحتاط لها، وليس في هذا شيء من الإذعان، لأن الإذعان هو حاجة الإنسان لأن يدخل في عقد يشترط عليه العاقد شروطاً ولا يجد من ذلك مفرًّا، أما هذا ففيه اختيار للجميع، ولم تقتصر الدولة على شخص واحد، والشخص المستثمر لم يجد إلا هذا، فهذا عقد فيه خيار من أوله إلى آخره. وشكراً لكم، والله أعلم.

الدكتور أحمد الإسلامبولي:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

شكراً سيادة الرئيس، والشكر موصول إلى معالي الدكتور عبدالسلام العبادي، أمين عام المجمع.

نحن نعلم جميعاً أن عقد الـ B.O.T يضم طرفين أساسيين هما: الدولة التي ترغب في بناء مشروع، وشركة منفِّذة تتولى بناء المشروع. وعقد الاستصناع يضم أيضاً طرفين، هما: المستصنع الذي يرغب في مشروع موصوف في الذمة، وصانع يقوم بتنفيذ ذلك المشروع.

لذا، فيبدو أن طبيعة هذا العقد تتفق مع صورة عقد الاستصناع، ولكن عند تخريجه على الاستصناع نجد أن في العقد خللاً، هو احتفاظ الصانع بالمبيع حيث لا ينقل ملكيته إلا بعد استيفاء المدة المتفق عليها ليسترد تكلفته مع هامش ربح معقول، وتكون هذه المدة التي يستفيد خلالها بمنفعة المشروع هي الثمن.

والمعروف شرعاً في نظرية العقد أن المعقود عليه ـ سواء كان المبيع أو الثمن ـ ينتقل إلى ملك العاقد بمجرد العقد، وهذا يفرق بين العقد والوعد. في العقد تترتب الآثار بمجرد إنشاء العقد. بمعنى أن المشتري يمتلك المبيع والبائع يمتلك الثمن بمجرد العقد حتى ولو لم يحدث تقابض. وهنا في هذا العقد احتفظ البائع بملك المشروع لينقله في آخر المدة المتفق عليها.

والحل هو أن ينتقل المشروع بمجرد العقد إلى الدولة، ويكون الثمن الذي تدفعه الدولة هو منفعة المشروع مدة متفقاً عليها تستفيد الشركة المنفذة بها كثمن دون أن تحتفظ بملكية المشروع، وهي تحتفظ بالمشروع وهو على ملك الدولة، لأن استيفاء المنفعة لا يتم إلا باستلام الرقبة. وشكراً.

الدكتور محمد عبدالغفار الشريف:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

أما بعد، فمن حيث تكييف عقد الـ B.O.T فالأظهر أنه يُكيف بأنه إجارة ذو إجارتين، كما كيَّف ذلك الفقهاء في المسائل التي وقعت في

الدولة الإسلامية مؤخراً، حيث إن مُقدّم الإيجار هو مبلغ كبير يُستخدم في تعمير الوقف، ثم بعد ذلك يدفع المستخدم للوقف إجارة رمزية تُدفع سنوياً لصاحب الأرض أو العقار إلى أن تنتهي فترة الإجارة.

لكن نحن في التطبيق العملي في الكويت، في الأمانة العامة للأوقاف، وجدنا مشكلة كبيرة حيث إن العوائد أو ثمرة الوقف في هذه الحالة تكون قليلة ولا يمكن أن نُحقق شروط الواقف، ووجدنا أن أفضل سبيل لتعمير عقارات وأراضي الوقف هو استخدام عقد الشركة المتناقصة، وطبّقنا هذا فعلاً مع البنك الإسلامي للتنمية في بعض عقارات الأمانة العامة للأوقاف، حيث إن الشركة هنا تملك الأرض، والبنك الإسلامي للتنمية يملك العقار، لأنه هو الذي بناه فتكون شركة، ثم سنوياً هو يأخذ جزءاً من الإيجار ويدفع جزءاً آخر للأمانة، ومقابل الجزء الذي يأخذه تنقص حصته في الشركة إلى أن تنتهي الشركة وتمتلك الأمانة كل المبنى. في هذه الحالة قد حققنا مقاصد الوقف وشروط الواقف وعمّرنا هذا الوقف. وشكراً لكم.

الدكتور محمد بن يحيى بن حسن النجيمي:

بسم الله الرحمٰن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا وسيدنا محمد رسول الله، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد، أتفق تماماً مع أستاذنا الدكتور عبدالوهاب أبو سليمان بأنه عقد مستحدث لأنه كما سمعنا الآن الذين قالوا: إنه عقد استصناع قالوا: إنه لا تنطبق عليه كل الشروط والضوابط، وكذلك الذين قالوا: إنه عقد إجارة، وبالتالي كما قال الإمام ابن القيم: إن الناس يصرفون أوقاتاً كثيرة في محاولة قياس بعض العقود على بعض، وكما قال الإمام الصنعاني: فقد ضيّعوا في ذلك الأوقاف والأوراق. عقد مستحدث على حسب الضوابط والكليات الشرعية حتى لا ندخل في هذه الاختلافات وهذه التجاذبات، هل هو عقد إجارة أو عقد استصناع أو جعالة؟ إلى آخرِ هذه التصنيفات.

نقطة أخرى مهمة وهي قضية السلبيات لا بد أن ننتبه إليها أثناء صياغة القرار لأن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة، وكما قال الإمام الشافعي: منزلة الوالي من الرعية منزلة الولي من اليتيم. وهناك بعض الحكومات قد تكون فقيرة أو قد تكون ضعيفة فترضخ لهذه الشروط التي تمس في بعض الأحيان الأمن الوطني خاصة فيما يتعلق بالأمور الحساسة كالأمن الوطني وقضايا الدفاع والأمن، وأيضاً قضية تطويل المدة يجب أن ننتبه إليها، لأن هذا يعني أن السيطرة قد تستمر لسنوات عديدة.. هذا ونحن نتكلم عن الشركات الأجنبية، وفي الغالب أن الذي يستطيع أن يؤدي مثل هذه المشروعات هي شركات أجنبية، كما أن هذه الشركات قد تحرم المواطن من أن يكون مشاركاً في مثل هذه المشروعات. لا بد أن نتلافى هذه السلبيات وإلا فإنا سنفتح الباب على مصراعيه لهذه الشركات ولهذه القوى الأجنبية، خاصة فيما يتعلق بأمن واستقرار أوطاننا الإسلامية. والله ولي التوفيق.

الدكتور يوسف الشبيلي:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

شكراً معالي الرئيس. في الحقيقة تعرَّض الباحثون لذكر تخريجات متعددة لهذا العقد، فالبعض يقول إنه عقد استصناع، وقيل: عقد إجارة، وقيل: عقد جعالة، والبعض نحا منحى أنه عقد مستحدَث. وفي الحقيقة أرى أن تخريج العقد ضروري جداً لأنه يترتب عليه بيان الآثار المترتبة على ذلك العقد. وفي الحقيقة لم أطلع فيما استعرضته من الأبحاث على ذكر الآثار المرتبة على كل تخريج، ما الذي يترتب على تكييف العقد على أنه عقد استصناع من الأحكام، أو على أنه عقد إجارة؟ وكذلك عندما نقول إنه عقد مستحدث قد يُقال: لا مشاحة في ذلك، ولكن عندما نطبّق الآثار المرتبة على ذلك فلا بد من تمييز هذا العقد وبيان خصائصه بناءً على ما هو مقرر من ضوابط متعلقة بالمعاملات

المالية، وهو يحتم أن نُخرِّج أحكام العقد على نظائره من العقود المسماة.

وأرى أن هذا العقد ـ عقد الـ B.O.T ـ يمكن أن يُصاغ على أحد عقدين من العقود المسماة، إما على عقد الاستصناع أو على عقد الإجارة. الـ B.O.T وإن كان يضم البناء والتشغيل والتحويل إلا أن منظومة الثلاث مسميات هذه يجمعها عقد الاستصناع، وكذلك يمكن أن تُصاغ على عقد الإجارة، لكن عندما يُصاغ على عقد الاستصناع لا بد من الالتزام بالآثار المترتبة على ذلك العقد، وكذلك عندما يُصاغ على عقد الإجارة فلا بد من الالتزام بالآثار المترتبة عليه. وأذكر أثرين من الآثار المترتبة على ذلك:

الأثر الأول: فيما يتعلق بتصكيك هذا العقد. يمكن أن يُطرح هذا العقد على شكل صكوك، فإذا خرجناه على عقد الاستصناع فإنه لا يجوز للجهة المانحة للمشروع أن تنفذه من خلال إصدار صكوك متداولة، لأنها ستكون صكوك استصناع، فيكون تداولها من قبيل تداول الديون، لكن يجوز للجهة المنفذة أن تنفذ هذا المشروع من خلال إصدار الصكوك، لأن الصكوك هنا تُمثل منفعة مرتبطة بأصلٍ قد تعيّن.

الأثر الثاني: الذي يمكن أن يُبيِّن الفرق بين التخريجين فيما يتعلق بضمان المشروع قبل مرحلة التحويل، يعني قبل إعادة تمليكه إلى الجهة المانحة، فإذا خرّجناه على عقد الاستصناع فالضمان في هذه المرحلة على الجهة المنفذة للمشروع وهي الصانعة، أما إذا خرجناه على عقد الإجارة، فإن الضمان في هذه الحالة يكون على الجهة المانحة، لأنها هي المالكة للعقار أو للمشروع بناءً على أن المؤجر هو الذي يضمن العين المؤجرة.

أما على مَن يقول: إنه عقد مستحدَث، فلا أدري ما هي الآثار التي ستترتب على هذا العقد؟ على مَن سيكون الضمان؟ وهل يجوز أن تُطرح صكوك بناءً على القول بأنه عقد مستحدث؟ فهذا يحتم في

الحقيقة أن نخرج أحكامه على العقود المسماة. والله أعلم.

الدكتور قطب مصطفى سانو:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

شكراً للسادة الباحثين، وشكراً للمعلِّقين والمعقِّبين. يبدو لي أننا في مرحلة حرجة من تاريخ تعاملنا مع تراثنا وهي منهجية التعامل مع مستجدات العصر، والقول بأن الـ B.O.T من العقود التي يمكن أن تُسترد إلى عقود غابرة، أعتقد أن هذه مشكلة منهجية كان يفترض أن يتم التعامل مع هذا العقد المستحدث في الملة، وهو عقد وفد إلينا، ونحن يجب أن نعترف بأنها ليست من بنات البيئة الإسلامية. وأتفق هنا مع ما قاله فضيلة الأستاذ الدكتور عبدالوهاب أبو سليمان بأننا يجب أن نتجاوز هذه المرحلة، وهي مرحلة التخريج إلى مرحلة بيان حكم الشرع في مستجدات العصر. التخريج يقيدنا بأنه يجب أن يكون لكل عقد جديد عقد قديم، والجديد اليوم سيصبح قديماً غداً، وبالتالي إذا اعتبرنا جديد اليوم أنه يجب أن نرده للقديم عندئذٍ سنظل مكاننا، ولم يقل أحدٌ من الفقهاء بأن العقود المسماة في الفقه الإسلامي هي العقود الإسلامية وحدها. هي عقود تنامت مع ظروف الزمان والمكان، وعرفنا المشاركة المتناقصة والمرابحة للآمر بالشراء مع مرور الزمن. هنا تأتي أهمية الالتفات إلى الأصول العامة للشريعة الإسلامية، وهي القواعد الكلية التي ثبتت بعد، الاستصناع ليس له نصٌّ مستقل. والحس الأصولي يمنع منعاً باتاً أن يُقاس على أمر ليس له أصل من الكتاب والسُنّة، هو ثابت بالدليل العام. فالدليل الذي ثبت به الاستصناع يثبت به الـ B.O.T، أو يثبت به غيره، والـ B.O.T الاستصناع يستمدان مشروعيتهما من ذات النصوص التي استمدت منها هذه العقود.

هناك مشكلة كبيرة جداً وهي أن تعتبر أنها عقود مستحدثة من الملة، ليس ذلك عيب إنما هي كإضافة إلى فقهنا الإسلامي، ثم توضع لها الأحكام والضوابط. وهنا تأتي أهمية المقاصد، وهنا تأتي أهمية

اللجوء إلى هذا البُعد الذي سيعصمنا، هل يُحقق هذا العقد مقصداً من المقاصد المعتبر في الاستثمار؟ إذا كان يُحقق ذلك التفتنا إلى المآلات، والمآلات هنا ما قاله الدكتور محمد عبدالغفار الشريف الـ B.O.T في بيئة ولا يصلح في بيئة أخرى، عندها تكون المرجعية هنا المقاصد الشرعية، ما المصلحة التي تترتب على هذا العقد؟ وما هي المفسدة؟ بالموازنة بين الأمرين إذا ترجح ما قاله الأخ الدكتور النجيمي والآخرون، هنا تأتي هذه الأهمية الاعتداد بالكليات الشرعية العامة لكي نتعامل مع مستجدات العصر، ولكي نضيف على هذا البناء الكبير أبنية جديدة تنقذنا.

قضية أخيرة وهي ألاّ نتعامل مع هذه المصطلحات دون العودة إلى مراجعها. لا يمكن أبداً أن أتحدث عن الـ B.O.T دون أن أرجع إلى تلك المراجع والمصادر الأصلية التي تتعامل معها، أما أن أعتمد على بعض الترجمات التي تُنقل أحياناً، لا يمكن أن يكون، لا استصناع فيه معنى الاستصناع، فيه معنى الإجارة، الإجارة نفسها فيها معنى البيع، ولكن هل من الممكن أن نقول: إن الإجارة بيع، لأن فيها معنى البيع؟ لا. لا هو إجارة وليس استصناعاً ولا جعالة، إنما هو عقد من العقود المستحدثة في الملة ينبغي أن يستمد مشروعيته من الأصول العامة والمقاصد الكلية ثم بعد ذلك ننظر إلى الضوابط التي تجعله عقداً يخدمنا وينفعنا في ملّتنا.

إذاً يجب أن نتجاوز مرحلة التخريج إلى مرحلة بيان حكم الشرع في ضوء هذه الأصول العامة، وفي ضوء المقاصد الشرعية العامة والمقاصد الخاصة في باب المعاملات، والمآلات المنضبطة بالضوابط الشرعية، عندها سيجد الفقه الإسلامي وما نبنيه اليوم هو جديد سيكون قديماً غداً أو بعد غد، والله أعلم.

الدكتور عبدالسلام العبادي:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

حقيقة ننشغل في محاولة التخريج على العقود المسماة وهو أمرٌ وإن كان فيه فائدة كبيرة لكننا لسنا مضطرين له، فهو عقدٌ مستقل جديد قريب الشبه من عدد من العقود المسماة: عقد الإجارتين، عقد المغارسة، عقد المشاركة المتناقصة، عقد الإجارة. وإذا أردنا أن ننشغل بتخريجه على واحد منها لا بد في الواقع من تفصيل وبيان، وهذا لا ضرورة له ما دام أننا نضع من الشروط ما يصونه من أن يخالف حكماً من أحكام الشريعة أو يؤدي إلى ـ لا سمح الله ـ الإساءة لمصلحة الوقف. فإذا وضعنا هذا في قرارنا ففيه الكفاية.

وحقيقة الموضوع حتى في التخريجات التفصيلية يتعلق بما هو مستقر من قوانين في بلادنا المتعددة. يعني مثلاً البلاد التي ينص القانون فيها بشكل واضح على أن ملكية ما على الأرض هو لمالك الأرض... انتهينا. أصبحت القضية واضحة. فلذلك تذهب إلى أن بناء هذا العقار هو عبارة عن أجرة مقدّمة إذا توجهت إلى مقارنته بعقد الإجارة باعتبار أنه بالنص القانوني حتى لو حدث خلاف يعتبر هذا البناء عبارة عن ملك لصاحب الأرض، والأرض مسجلة باسم الوقف، فبالتالي الواقف هو المالك للأرض وما عليها. فلذلك الأصل أنه عقد جديد له طبيعته الخاصة، بشرط ألاّ يخالف حكماً من أحكام الشريعة، وبالتالي نُحقق مصلحة واضحة للوقف في أن نستخدمه أداة من أدوات الاستثمار.

هنا يأتي كيف نطمئن على أنه يستخدم أداة من أدوات الاستثمار لمصلحة الوقف. لأنه في التطبيق قد يكون أداة من أدوات الاعتداء على أراضي الأوقاف، وذلك إذا كان هنالك في تفاصيل هذا العقد مثلاً إطالة للمدة بما لا يتناسب مع البناء الذي سيبنى، أو أن يكون ما تحصل عليه جهة الوقف خلال سنوات العقد مبالغ زهيدة ورمزية وبسيطة بينما الوقف يمكن أن يستحق أكثر من ذلك.

فلذلك لا بد في الواقع من أن سبق قبل اللجوء إلى هذا الأسلوب أن تقوم جهة الوقف بعمل ما يسمى بدراسات الجدوى الاقتصادية وتُبيِّن للجهة المصدرة للقرار أنسب الشروط والأوضاع المُحققة لمصلحة

الوقف، وكذلك أن يتم الأمر من خلال الإعلان عن حاجة الوقف لهذه الأداة لتتقدم أكثر من جهة، ويكون الأمر قائماً على التنافس لاختيار أفضل الجهات التي يمكن أن تقدم أحسن الشروط من حيث العائد السنوي للوقف، ومن حيث المدة، لأنه في كثير من الأحوال لُجئ في بعض بلادنا إلى شروط فكّت تقريباً العلاقة مع الأوقاف لسنين طويلة، ثلاثون سنة وأربعون سنة، وبمبالغ زهيدة سنوياً، فأصبحت عبارة عن تسليم للوقف لجهات لظروف معيّنة وضغوط معيّنة.

لا بد في الواقع أن يكون في القرار إشارة واضحة للاستيثاق من مصلحة الوقف بكل الأدوات المعاصرة من دراسات الجدوى الاقتصادية، ومن طرح العروض لاختيار أفضلها وأسلمها، إلى غير ذلك من شروط. وهنا يبرز أنه ليس عقد إذعان لأنك تدخل باتفاقيات تفصيلية تناقش على المدة وعلى الأجرة وعلى طبيعة البناء، وهنا قضية لا بد في الواقع أن تكون هنالك مخططات معتمدة من الجهة الوقفية، يعني يمكن أن تُعدَّ هذه الجهة تصورها لما سيُنفذ لكن لا بد أن تقوم باعتمادها الجهة الوقفية، لأنه من الممكن عمل مشروع أربعة طوابق وممكن عمل مشروع عشرين طابقاً، وبالتالي فرق كبير من أن ينال الوقف في النهاية مشروعاً بعشرين طابقاً أو بأربعة طوابق. فلا بد في الواقع من الاستيثاق لمصلحة الوقف. وشكراً.

الدكتور مسفر القحطاني:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

توجد ملاحظات حول ما حصل في هذه الجلسة وربما في جلسات الأيام الماضية من تنازع وتباين في الآراء حول عدد من المسائل المالية أو المصرفية المعاصرة. وأعتقد أن الذي يقتضيه الموقف هنا ـ الموقف الشرعي ـ هو الرد لهذا التنازع من مُحكم النصوص والقواعد الكلية كما أشار البعض قبل قليل. ولعل مقاصد الشريعة هي من مُحكمات الشرع التي لا يختلف عليها أحد. وبالرغم من وضوح هذه

المقاصد للعلماء والباحثين إلا أننا نجد عند التطبيق والإعمال لقواعدها قد حصل هناك الكثير من الخلل والخلط في إعمالها التنزيلي على الوقائع، وقد لمست في عرض البحوث والمداخلات حقيقة هذه الهوة والغفلة كذلك عن مقاصد الشريعة في المعاملات المعاصرة بالرغم من أهمية إعمال المقاصد خصوصاً في المنتجات الإسلامية الجديدة وإن كان هذا القرار يحتاج إلى عمل منهجية في الاستدلال بالمقصد كدليل مستقل، متى يكون. حتى لا يكون الأمر مجرد إلحاق خالياً عن المنهجية والضبط. وأظن أن هذا المرجع الذي ذكرت من الخلل والتباين خصوصاً في المستجدات عند المتخصصين في المصرفية أو المتخصصين في الاقتصاد والمالية أنهم يلجؤون أحياناً إلى بحث القضايا الفقهية من خلال التخريج على أقوال المذاهب مجردة عن سياقاتها ومخالفة أحياناً لمقاصد تنزيلها على الوقائع. وأذكر على سبيل المثال وبشكل سريع: هناك فروقات كبيرة بين مقاصد عقود التبرعات ومثيلاتها في عقود المعاوضة. هناك تجد عدم الفرق أحياناً عند التنزيل بين الأحكام التي نريدها من خلال تأسيس تشريع مستقل كابتداء، وبين ما هو أمرٌ مقرر في الواقع ومعمول به نريد تحويله أو تغييره، أو أحياناً بين ما هو مجاز شرعاً كاستثناء مُسبب ثم يجعل بعد ذلك كقاعدة عامة يدرج عليها كثير من المستجدات. ليس هناك أحياناً وضوح في التفريق بين ما أصله اللزوم وأصله الجواز من العقود.

ثم إن تغيير المسميات لا يقتضي صحة المعنى كما هو حاصل في كثير من المعاملات المصرفية التي تناولتها في بعض جلسات المجمع بالأمس وقبله. فالعبرة للمعاني والمقاصد في العقود كما هو معروف لا في الشعارات أو المسميات أو التجويزات الشكلية للعقود وأحياناً في التحايل على التحريم.

أليس من مقاصد المعاملات: المشاركة، وتدويل المال، وتخفيف الضرر، وتقليل الغرر بين المتعاملين، والزيادة في إعمال التوثيقات وتأكيد الضمانات، بالإضافة إلى أن النظام المصرفي الإسلامي هو نظام

أخلاقي؟ إذن لماذا نجد أن الواقع في بعض المصارف وبعض هذه المعاملات التي تُذكر تؤكد وضوح الاستغلالية للمتعاملين بدلاً من التكافلية وزيادة هرم المديونية عن المشاركة، وعدم حصول فروق بين ما هو شرعي وبين ما هو ربوي إلا أحياناً؟ مع وضوح ما ذكر كتقعيد إلا أن التطبيق يؤكد الخلل. ربما ضغط السوق المصرفي والمالية والرغبة في المسارعة لجذب الأموال كبدائل شرعية ربما يخل بهذه القاعدة.

ختاماً أقترح أن يكون في دورات المجمع القادمة استشراف لمستقبل هذه المنتجات الجديدة، وإمكانية تحقيق التمويل الصحيح والاستثمار الأمثل لها في ظل إقبال السوق الأجنبي على تلك المنتجات الإسلامية، وهذا يعني أن هناك سحب كبير لمدخرات ومكتسبات كثير من الشعوب. وهناك صعوبة كبيرة في ضبط التعامل عند اتساع العمل بها، وهذا يحتاج إلى نظر مستقبلي.

وكذلك لا بد أن نعرف أن هناك إشكالية في قلة الكوادر المؤهلة ونقص في الرقابة الشرعية على تلك المؤسسات. هذه كلها مبررات للنظر في مآلات هذه المنتجات المحتملة.

أختم أيضاً بمقترح حول ضبط منهجية التكييف الفقهي للنوازل. كما ذكر أن هناك شرطاً وهو التصور، لكن أيضاً قضية التنزيل والإلحاق المسماة في الفقه، كذلك نفي الازدواجية بين هذه المسألة ومقصدها، أعتقد أن هذه المنهجية يجب أن توضح بشكل مبحث يُضبط عند أي مسألة نريد، نُكلف بعض الباحثين فيها. وشكراً لكم.

الأستاذ عبداللطيف جناحي:

بسم الله، والحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله.

يعتمد البعض أن B.O.T معناه Build-Operate-Transfer فهذا المعنى تغير الآن إلى Build-Own يعني ابني، امتلك، ثم حول.

ليس شرطاً أن مَن يأخذ المشروع من الدولة أو صاحب العرض يكون متخصصاً في طبيعة المشروع. وأنا أفضل هنا أن تكون مؤسسات مالية ومؤسسات مالية إسلامية، تأخذ المشروع وتجمع الأطراف، ثم تصكك المشروع وتبيع الصكوك على المواطنين حتى تعم الفائدة ونتجنب الاحتكار.

ولا أرى الاعتماد على التمويل، لأن التمويل سبب مشاكل، وأنا أقول هذا من الواقع العملي، لأنه يوجد على طاولتي الآن مشروعاً بسبعمائة وخمسين مليون دولار لكي أُوضح فيه رأياً.

الممولون أحياناً ينسحبون ويتعثر المشروع، وهنا تتحقق خسارة لمصلحة وطنية. فقد تنوعت طبيعة المشاريع ولم تقتصر على العقار كما يذهب إليه تفكير البعض، فيمكن أن يطبق الـ B.O.T على معامل التكرير، وعلى الجسور، وعلى الطرق، واستكشافات النفط والثروات الطبيعية، وهكذا. فهو عقدٌ في أصله نافعٌ تنموي.

العقود ثلاثة في الأصل: عقد إنشاء، وعقد تملُّك واستغلال، ثم عقد تخارج. فعقد الإنشاء اتفاق مع مالك الأرض على أن يُنشئ مشروعاً، هذا المشروع الذي يُنشأ ليس ملكاً لصاحب الأرض إنما مآله في الأخير أن يكون ملكاً لصاحب الأرض، ففي فترة محددة ملكاً لصاحب الأرض.

العقد الأول الذي هو: عقد الإنشاء، وعقد التخارج، يعني قد يكون نمطياً حيث إن التغييرات فيه كثيرة، لكن العقد الوسط الذي فيه استفادة واستغلال الريع هنا فيه عديد من التغيير في العقود. فهناك عقود تشترط الإيجار، يعني صاحب المشروع يدفع إيجاراً، وهناك عقود تشترط المشاركة في الربح، فإذا وصل الربح من المشروع نسبة معينة مثل ١٥٪ في السنة فما زاد عن ذلك يتقاسمه صاحب الأرض أو الدولة مع الذي أنشأ المشروع وبنسبة محددة. هناك بند التمديد الإجباري فإذا لم يستوفِ صاحب المشروع ـ الذي أخذ المشروع ـ رأس المال ربح

معين فالعقد يتمدد تلقائياً لمدة محددة: خمس سنوات أو سبع سنوات، حسب الاتفاق.

في الواقع هذا العرض الوسط هو الذي يجب أن يقع عليه النظر، لأنه تدخل فيه مجموعة من العقود، حيث تدخل فيه الصيانة والإدارة ومجموعة كبيرة من العقود. إذن نحن لسنا أمام ثلاثة عقود بل نحن أمام مجموعة من العقود. وشكراً جزيلاً.

الدكتور عبدالله مبروك النجار:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

هذا العقد B.O.T يقوم على جملة من الخصائص التي تجعل من اليسير تكييفه والحكم عليه.

الخصيصة الأولى: أنه من العقود الزمنية التي يتراخى تنفيذها فترة زمنية معينة.

الخصيصة الثانية: أنه من عقود المعاوضات المالية.

الخصيصة الثالثة: أنه يقوم بين طرفين: أحدهما يملك الأصل وهو الأرض، وأكرر مرة ثانية الأرض وليس العقار، لأن الذي يبني إنما يبني على الأرض ولا يبني عقاراً، والعقار كما هو معلوم يشمل الأرض وما عليها من المباني، فالمبني يسمى عقاراً.

وهذا العقد يمكن تخريجه على أصلين شرعيين:

الأصل الأول: أن ما يتبع الأصل، وهو الأرض الثابتة، يُلحق بها ويكون تابعاً لها، وذلك إعمالاً للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن التابع تابع.

الأصل الثاني: أن مَن غرم شيئاً في سبيل إقامة الأشياء والمباني

والمنشآت يكون له الحق في أن يعوض عن هذه الأشياء.

وبناءً على ذلك فإن هذا العقد وفقاً لما يستغرقه تنفيذه يمكن أن يكون من قبيل العقود المتحولة التي تتحول من المركب من جملة عقود متحولة بعد كل فترة زمنية، نظيره عقد المضاربة. فقد قال الفقهاء عنه: إن المضارب حين يأخذ المال يكون أميناً، فإذا بدأ العمل صار وكيلاً، فإذا ربح صار شريكاً، فإذا أتلف صار ضامناً. وهكذا تتحول خصائص هذا العقد، يبدأ بشراء المواد وهنا يحكمه عقد البيع، فإذا صنع وأنتج يكون أجيراً تحكمه قواعد الإجارة الخاصة، فإذا صان كان على الصيانة، فإذا انتهى الأمر تتحول إلى إجارة محددة المدة، الأجرة فيها هي الانتفاع بالمبنى الذي أقامه، وبالتالي يكون لهذا العقد نظائر مشروعة في الفقه الإسلامي.

قد يقال: إن فيه غرراً، والغرر كما هو معلوم موجود في عقود المضاربة ونصّ عليه الفقهاء، وقالوا: إن فيها غرراً. ورغم أن فيها غرراً إلا أنها مشروعة بالنص، لأن من شروط الغرر المحرّم أن يكون غرراً فاحشاً لا يسيراً، وألا يكون مستثنى بنص شرعي. وكثير من العقود فيها غرر، لكن الشارع أباحها على سبيل الاستحسان استثناءً لحاجة الناس إليها، وعقود المضاربة فيها من هذا الغرر الذي أباحه الشارع، لأن المضارب حين يأخذ المال لا يدري هل سيكسب أو سيخسر، وهذه في حد ذاتها هي مسألة الغرر. وبالتالي أرى أنه مشروع وله أصل في الفقه الإسلامي يمكن تخريجه عليه. وشكراً لكم.

الدكتور عبدالستار أبو غدة:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

أنا أتكلم الآن بصفتي مناقشاً حيث تجنبت مناقشة التخريجات الشرعية التي طرحتها كعارض. الذي يقع في ذهني أن الأرجح هو الاستصناع، لأن الاستصناع هو عبارة عن إنشاء منشأة. هذا الإنشاء له

مراحل، فالبناء هو أصل من موضوع الاستصناع. تحديد الثمن وكونه منفعة هذا هو التشغيل. الإعادة، إعادة الحاجة المستأجرة بعد أن انتهت المدة. فأين العقد المركب؟ ليس هذا عقداً مركباً ولا نحتاج أن نقول إنه عقد مستحدث، لأننا إذا قلنا عقد مستحدث فإننا سوف نبحث الضمان نبحث الآثار كما أشار أحد الإخوان، أما هنا فآثاره هي آثار عقد الاستصناع، تسليم المصنوع إلى المستصنع واستحقاق الصانع للثمن، والثمن هنا منفعة. فإذن هناك التزام على المستصنع بأن يسلم المصنوع ويضعه تحت تصرف الصانع حتى يستوفي منه، وهذا ليس فيه تأخير للتسليم كما ذُكر. لذلك عند مراجعتي لكلمة T.T وجدت أنهم يُفسرونها بنقل الملكية، لا، هي في الحقيقة: تسليم، ولذلك أبدلها بـ Dilevrey, D وليس هو نقل ملكية، لماذا؟ لأن الاستصناع ينشأ المصنوع على ملك المستصنع، هو في ذمة الصانع ولكن ينشأ على ملك المستصنع، ولذلك لا نحتاج إلى عقد بيع في الأخير. كثير من الناس يظن أن الاستصناع بعد أن يُنشئ المنشأة يجب أن ينقل الملكية، الملكية انتقلت بالعقد ولكن الضمان هو الذي لم ينتقل. الضمان مربوط بالقبض فإذا سلم المصنوع إلى المستصنع أصبح على ضمانه. قبل هذا العقد الواحد فيه أولاً عقد استصناع، هذا الاستصناع محله المصنوع، إذن هو الإنشاء. أيضاً من محلة ثمن الاستصناع وهو التشغيل الذي قبل الطرفان أن يكون ثمناً للاستصناع، أما الإعادة فهي إجراء وتصرف، فعندما يستأجر الإنسان شيئاً وتنتهي مدة الإجارة واجبٌ والتزامٌ عليه أن يعيد المأجور إليه. فإذن ليس هناك عقد مركب.

بالنسبة للشيخ خالد الرشود هو استدرك على نفسه فهذا حقه، ولكن هنا يوجد إذعان. الإذعان ليس بالنسبة للمستخدمين وإنما هو للجهة المنفذة لأنها في مواجهة عقد نمطي إما أن تقبل هذا الامتياز أو لا تقبله، فتبحث الحكومة عن طرف آخر. إذن فيه معنى الإذعان. لا نقول عقد إذعان بالنسبة للمستخدمين، هو بالنسبة للجهة المنفذة.

بالنسبة لما نقل عن الشافعي، أقول هذا يا فضيلة الشيخ المختار

ليس هو المغارسة. فالمغارسة عند المالكية: يملك الغارس حصة من الثمر، وحصة من الشجر، وحصة الأرض. لا، هنا الشافعية لا يرون هذا، ولا الحنفية ولا الحنابلة. لذلك ما نقله عن الإمام الشافعي هو فعلاً عبارة عن شخص أخذ هذه الأرض واستؤجر، لم يشارك، المغارسة مشاركة ليغرس فيها غراساً، ما هي أجرته؟ أن يُحصل الثمار من هذه الأشجار مدة معلومة ثم يعيد هذه الأشجار إلى مالك الأرض. فليست مغارسة على وجه المالكية وعلى حدودهم.

في الحقيقة إذا أردنا أن نُخرج هذا على المشاركة يحب أن نقول مشاركة على البناء فقط، لأن من شروط المشاركة المتناقصة أولاً أن الشريكين يُسهمان في رأس المال. ففي التطبيقات التي تجريها البنوك الإسلامية إذا لم يكن لدى العميل مال فإنه يُقدم الأرض فتقوّم، وتكون حصته في المشاركة، وهنا في الوقف لا نستطيع، لأننا حينما نقول مشاركة، الملك صار مشتركاً حيث يملك كل شريك حصة في كل الموجودات، ولذلك هي مشاركة في البناء، ولا حرج من ذلك في التمليك لأن الذي سيتملك هو الوقف، فهو تمليك للوقف.

بالنسبة للآثار، كما قلت: إذا قلنا: إنه استصناع فإنه تطبق عليه آثار الاستصناع، فإذا كان عندنا منتج جيد وعقد مستوفي ومؤصل ومدوّن في كتب الفقه نذهب ونبحث عن عقد مستحدث!! يعني فكرة العقد المستحدث فيها مخاطرة لأنه كثيراً مما يقع فيها تغيير الأسماء فنأخذ عقداً موجوداً ونلغي بعض الشروط ونقول: هذا عقد مستحدث. هذا فيه مخاطرة كبيرة إلا إذا اضطررنا. يعني هناك عقود ليست موجودة في المدونات الفقهية والتي هي تراث وكنز.

أخيراً المواصفات لا بد كما قال الدكتور عبدالسلام العبادي بأنه يجب بيان المواصفات. هذا من شأن الاستصناع، لأنه لا بد من وصف المصنوع وصفاً نافياً للجهالة وللنزاع.

بالنسبة للمضاربة وتحولها هذا التحول هو في صفة المضارب، أما

هي فتبقى مضاربة لكن تكون يده يد أمانة ويكون غاصباً. والله أعلم.

الدكتور العياشي فداد:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

في الحقيقة كفاني الإخوة كثير من النقاط، بقي لي نقطتان. أعتقد أن التخريج على عقد الاستصناع هو الآخر يثير بعض الاعتراضات كما هو الشأن في التخريجات الأخرى، لأن ثمن الاستصناع هو قيمة التشغيل، وهذه القيمة هي محل إشكال أيضاً فقد تعتريها الجهالة، وإن كان المعيار الشرعي على ما أذكر قد أقرّ هذه الصورة.

ربما ما ورد في الأبحاث أن صيغة الـ B.O.T هي تتكون من عدة صور ليست صورة واحدة، فلذلك لا يمكن أن يكون هناك تكييف واحد لهذه الصورة الأخيرة التي يكتنفها عدم الوضوح، فلذلك من الناحية العملية أُعطي التفضيل في تعمير وتثمير ممتلكات الأوقاف لصيغة المشاركة.

فلذلك نرجو أن يكون قرار المجمع شاملاً لجميع صور هذه الصيغة ويحدد ضوابطها حتى يتم الاستفادة منها إذا أردنا أن تكون صيغة لتعمير ممتلكات الأوقاف. وشكراً.

الأستاذ نبيل عبد الإله نصيف:

بسم الله، والحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله.

أولاً: كنت أتمنى أن تغطي بعض البحوث حالات عملية ودراسية لمشاريع أُنشئت عن طريق الـ B.O.T، قد يكون مشروعاً حكومياً وآخر وقفياً، فهذا التصوير الحقيقي العملي لعقد الـ B.O.T. هناك عقود كثيرة ومعقّدة وآلاف من الصفحات.

ثانياً: لا يوجد شك أن العقود الأساسية هي: عقد مركب: عقد بناء، وعقد تشغل، وعقد تحويل، وهناك عقود أخرى ثانوية كعقد الصيانة، وعقد الإنشاء، وعقد التصميم، وعقد البناء، فهي أكثر من عقد، وأعتقد من التسهيل جداً أن نقول إنه عقد تصنيع.

وبناءً على ذلك ومن واقع التجربة العملية في البنك الإسلامي للتنمية الذي قام بكثير من مشاريع تثمير الأوقاف على أساس الإجارة الموصوفة في الذمة وعلى أساس المشاركة. أعتقد أن الموضوع معقّد ولا يمكن تسهيله في عقد واحد، وبالتالي أرى أن يغطي القرار كما أشار الدكتور العياشي فداد الصيغ المختلفة. وشكراً.

الدكتور عبدالباري مشعل:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

أنا أؤكد على أن ثمرة التكييف هي معرفة الأحكام المترتبة على العقد الذي تمّ تكييف الـ B.O.T على أساسه، ولذلك من المهم جداً تكييف كل صورة من صور عقد الـ B.O.T.

ومن هذا المنطلق ومن الأشياء التي ذُكرت في الأبحاث قضية تصكيك المنفعة التي هي الثمن في عقد الاستصناع إذا كيّفنا العقد على أنه عقد استصناع. إذا قلنا: تمّ العقد فملك الصانع منفعة عين موصوفة في الذمة سوف تصنع مستقلاً، فإذا صككنا هذه المنفعة أو صكك الصانع هذه المنفعة فهل يجوز تداول صكوك هذه المنافع بسعر السوق خلافاً للقيمة الإسمية؟ وهو ما ذُكر في بعض الأبحاث، فإذا كان هذا جائز أرى أن يُنصّ في قرار المجمع على جواز ذلك، لأن هذه صكوك منفعة عين موصوفة في الذمة غير موجودة، وقد ذُكر في بعض الأبحاث إشارة إلى إمكانية بيعها وتداولها.

أيضاً إذا قلنا عقد الاستصناع انتهى البناء فيه وبدأ عقد التشغيل،

ثم انتهينا إلى التسليم في المرحلة الأخيرة، فعلى مَن ضمان العين بين انتهاء البناء وبين التحويل أو التسليم النهائي؟ فإذا حل التسليم الشرعي بعد البناء فضمان العين لا شك سوف يكون على المالك أو إذا قلنا الحكومة هي المستصنع سوف يكون على المالك، فضمان العين خلال فترة التشغيل سوف يكون على المالك، لكن لو قلنا: حصل تأجيل في التسليم إلى تاريخ التحويل فقد يكون بعد عشر سنوات أو عشرين سنة فإذن يستمر الضمان على الصانع.

وأنا أرى أن في عقد الـ B.O.T بعد انتهاء مرحلة البناء يحق تسليم المصنوع للمستصنع: الحكومة أو غيرها، وبهذا التسليم تنتقل إليه مخاطر أو عهدة المصنوع في هذه الحالة، ثم تبدأ مرحلة التشغيل، فتكون مخاطر العين في المرحلة التشغيلية على الحكومة وليس على الشخص الذي يتقاضى المنفعة خلال هذه الفترة. وشكراً.

الدكتور أحمد بخيت:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

في الحقيقة أنا أضم صوتي إلى صوته معالي النائب والأخ الشيخ خالد الرشود بأن العقد ليس عقد إذعان، ولكنه عقد إداري. والعقد الإداري أو الصورة المُثلى للعقد الإداري هي بما يسمى بعقد الامتياز. وعقد الامتياز من العادة أنه يتضمن شروطاً استثنائية لصالح الإدارة أو الدولة، وهي شروط غير مألوفة في القانون الخاص. وكما جاء في حكم قضائي يقول: هي نصوص موضوعها منح المتعاقدين حقوقاً أو تحميلها بالتزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن الاتفاق عليها بحرية بين المتعاقدين في ظل القوانين المدنية والتجارية.

والحقيقة كما قال الدكتور قطب سانو أنا درست أكثر من حالة واقعية من عقود الـ B.O.T كان منها عقد إنشاء محطة مياه في الكويت،

وعقد إنشاء مطار مرسى علم في مصر، وغيرهما من العقود. لوحظ فيها الآتي:

في عقد إنشاء مطار مرسى علم مثلاً حرصت الإدارة المصرية على استخدام مصطلح: إنشاء وتشغيل واستغلال، وهذا تأكيد على أن عقد الـ B.O.T ليس فيه تمليك. يعني المستثمر لا يملك، وإنما هو فقط حتى بملاحظة ما يفرض عليه من الإدارة والرجوع إليها فإنه لا يملك حتى منفعة وإنما يملك بالتعبير الفقهي: حق الانتفاع. في الحقيقة كما قال بضع السادة المتفضلين أن اتفاقيات الـ B.O.T ليست صورة واحدة وإنما هي صور متعددة ذكر منها أستاذنا ثمانية عشر صورة، أنا في الحقيقة وقفت على ثمان صور ووجدت شبه بصور أخرى، لكن كل الصور الموجودة منها ما يقبل أن يكون من قبيل الاستصناع، ومنها ما يمكن تخريجه على سبيل الإجارة، لكن ليست كلها واحدة.

ثم إنه ليس من الصواب فيما أرى أن يكون الـ B.O.T قصراً على البناء، فمن الممكن أن يكون الطلب على أن يورد أدوات تشغيل كالمعدات الثقيلة ونحوها.

ففي الحقيقة الأمر يحتاج إلى أن يكون، في رأيي، الـ B.O.T من العقود المستحدثة ولا أرى في ذلك حرجاً، ثم أن ينظر إلى مكوناته.

والشيء الذي أود أن يتضمنه القرار أن يوصي بمراعاة الواقع، وذلك بإعداد كوادر مؤهلة لتوقيع اتفاقات الـ B.O.T وهي اتفاقات معقّدة جداً، ومراعاة احتمال أن الشركات المتعاقدة عادة ما تطلب أن يكون فض النزاع عن طريق التحكيم. ومع عدم وجود محكمين ملمِّين بالأحكام الشرعية يمكن أن تتعرض الأوقاف عندها لشيء من الضرر.

أخيراً أرجو أن يلاحظ أنه كان البحث المطلوب عن الأوقاف والمرافق العامة، وفي الحقيقة بينهما شديد صلة، وينبغي ونحن نبني الرأي في أمر الـ B.O.T أن نضع هذا في الاعتبار أننا نتعامل مع تصرف أو معالم الدولة أو إحدى جهات الإدارة طرفها. بارك الله فيكم وشكراً.

الشيخ خالد الرشود:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

في البداية أُثني على المداخلات التي أثرت الموضوع. وبالنسبة لتكييف عقد الـ B.O.T هناك مسألة أشكلت على كثير من الإخوة وهي: هل البناء يملك أثناء عقد الـ B.O.T لمدير المشروع أو يملكه مدير المشروع أو لا يملكه؟ لو رجعنا للقانونيين الذين تحدّثوا عن هذه المسألة وجدنا أنهم اختلفوا إلى قولين:

القول الأول: أن مدير المشروع يملك البناء.

القول الثاني: وهو أكثر الباحثين على أنه لا يملك البناء، وهو الذي يوافق الشرع، لأنكم تعرفون أن الملكية في الشرع تختلف عن الملكية التي نصّ عليها القانون. فالذي يوافق الشرع أنه لا يملك، وأن الواقع والناظر لهذا العقد أن الذي قام بالبناء لا يملك المشروع أو البناء بدليل: أولاً: لا يجوز، وثانياً: لا يصح له أن يؤجره لأحد إلا بالشرط، إذا اشترط في العقد.

هذا الكلام يُفترض في أنه لا يوجد في العقد شروط، لأن الأصل فيه أنه لا يملكه مدير المشروع. وفي هذا حل للإشكال الذي ذكره الدكتور الإسلامبولي، وفقه الله.

المسألة الأخرى هي أن الذي ذكره الدكتور عبداللطيف جناحي هو صيغة عقود أخرى وهي الـ B.O.O.T، Build- Own- Operate- Transfer،

وتختلف عن عقد الـ B.O.T. فهذه عقود مختلفة، لذلك مدار البحث على صيغة واحدة وهي عقد الـ B.O.T.

ختاماً لقد وفى الأستاذ الدكتور عبدالستار أبو غدة في كثير من الأحيان، لكن ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية ـ رحمه الله ـ صيغة عقد جيدة لبناء وتعمير الأوقاف، فقال: ـ رحمه الله ـ: وتارة يستلفون من الأجرة ما يعمرون به وتكون الأجرة أقل منها لو لم تكن سلفاً. قال: وعامة ما يخرب من الوقف يمكن فيه هذا. هذه الصورة التي ذكرها شيخ الإسلام توضح أو تُعين كثير من أمانات الأوقاف أو غيرها في بناء وتعمير الأوقاف. يعني هي واضحة، لكن لو أردنا أن نضرب المثال حتى يتضح: لو أن وقفاً تخرب وقدِّرت تكلفة إعماره بمائة ألف، ويؤجر بعد إعماره بألفين سنوياً، وبالعقد يستحق المعمر استئجاره بألف وخمسمائة سنوياً لمدة سبع وستين سنة حتى يوفى تكلفة الإعمار وهي مائة ألف، فإذا استغله المستأجر بأن أجّره بألفين فإنه سيوفي تكاليفه ويربح الثلث تقريباً، وهذه الصورة مطابقة لعقد الـ B.O.T.

لا يخفى عليكم أن كلمة: العقار أيضاً أعم من كلمة: الأرض، فكلمة: العقار تعني كل ما يُنبى على الأرض شاملاً الأرض، وتعني الأرض منفردة. وآثرت إيثار كلمة: العقار لأن هناك كثير من الأوقاف تخرب ويكون عليها بناء موجود الأصول والأساسات والبناء لكن تحتاج إلى زيادة إعمار، فآثرت كلمة العقار لتشمل وتعم ذلك كله.

بالنسبة للإجارة بإجارتين فقد ذكر الأستاذ الدكتور عبدالستار أبو غدة أن هناك فرقاً بين الإجارة بإجارتين وعقد الـ B.O.T، وأنا أقول أن هناك فرقاً كبيراً بين الإجارة بإجارتين وعقد الـ B.O.T، وهناك فرق شاسع، من ناحية نية العاقدين، ومن ناحية أوصاف العقد، ومن ناحية وجود العين المؤجرة، إلى غير ذلك. وشكراً لكم، وصلّى الله وسلّم على نبينا محمد.

الدكتور أحمد الإسلامبولي:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

أولاً: أود أن أؤكد أن عقد الاستصناع ليس من العقود المسماة كما يتخيل الكثير، وهذا الأمر يرجع إليه في الفقه.

ثانياً: إذا كنا نخرج على نقل الملكية في آخر المدة، فإننا سواء قلنا عقد جديد مستحدث مع بقاء هذا الخلل الذي يتعارض مع نظرية العقد سوف لا نقدم شيئاً فيما يتعلق بالحكم الذي نحن بصدده. نحن نحكم فقط على الصورة العامة للـ B.O.T، وغيرها تكون هناك مسائل أخرى يمكن النظر إليها.

ثالثاً: فيما يتعلق بالقول بوجود غرر في عقد الـ B.O.T أقول: الغرر منتفٍ تماماً في هذا العقد، والسبب في ذلك أن الثمن هو منفعة مدة معلومة، وهذه المسألة من الممكن أن نجد لها ما يؤكدها. هَب أنني أعطيت شخصاً سيارة أجرة يعمل عليها، وقلت له: استخدامك للسيارة مدة شهر بقيمة ثلاثة آلاف ريال، وركن السيارة تحت بيته ولم يخرج بها، هو أخذ مني منفعة بقيمة ثلاثة آلاف ريال، لو أنه أخذ السيارة وعمل بها، واستطاع أن يحصِّل أجرة تصل إلى خمسة آلاف فهذا له، استطاع أن يحصِّل ألفاً فقط فهذا له، ولكن إذا أردنا أن نتأكد أن هذه الصورة هي صورة عقد استصناع لنا أن ننظر: هب أن رجلاً لديه قطعة أرض، ليست دولة، وأتى إلى مقاول وقال له: أريدك أن تبني لي فندقاً، فبنى له الفندق، وقال له: ليس عندي مال، هل لك أن تدير الفندق مدة خمس سنوات ويكون هذا هو الثمن؟ حقيقة هذه الصورة تنسجم تماماً وتتفق في طبيعتها مع عقد الاستصناع، دون أن نلوي ذراع الحقائق.

الدكتور عبدالوهاب أبو سليمان:

شكراً سيادة الرئيس. السادة الأعضاء كما لا يخفاكم أن فقه

المعاملات له اتجاهان: اتجاه الحنفية، وهو أنهم لا يخرجوا من العقود المسماة، واتجاه الحنابلة والمالكية، وهو أن الأصل الإباحة والعقود الجديدة لو بحثتم عند مَن يتمسك بالاستصناع، واسمحوا لي بهذه العبارة، فستجدون أن مذهبهم الحنفية. ولذلك كل العقود التي طُرحت هنا في المجمع جعلوها على الاستصناع، حتى عقد التوريد جعلوه استصناعاً، هذه النقطة الأولى.

النقطة الثانية: نبحث هنا عن العقود موضوعياً ومجرداً. يعني يقول لك هذا في الدول الاستعمارية تتخذه وسيلة، نحن لسنا مسؤولين عن هذا، المتعاقدان هما المسؤولان عن ذلك، إنما نحن نتكلم عن صحة العقد. هذا شيء.

الشيء الأخير الذي أود أن أقوله: إنه من دراساتي المتواضعة جداً في المعاملات المالية الحديثة وجدت أن أكثرها يحقق كثيراً من المقاصد الشرعية وبالذات هذا، تحدثت عن المقاصد الشرعية التي نجنيها من وراء مشروعيته. وشكراً لكم.

الدكتور عبدالسلام العبادي:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

حقيقة لما تكلم أخي الدكتور عبدالستار أبو غدة أنا أحببت أن أذكره بأنه هناك عقوداً أخرى ولست طالباً للحديث أو متحدثاً ثانياً معه فيما يتعلق بهذه النقطة، القول بأن هذا العقد عقد استصناع تدخل عليه كثير من الإشكالات، أشير إلى بعضها وأرجو من الإخوة الذين يتمسكون بأنه عقد استصناع أن يبيِّنوا لنا الجواب على ذلك.

الذي يبني مطاراً للدولة يلتزم بالصيانة، بل يقوم بعملية الصيانة بتشغيل آلاف من العمال للنظافة ولإدارة المطار وغير ذلك، هل هذا في

الاستصناع؟ كيف يمكن أن نُدخله في الاستصناع؟

موضوع تأخير التسليم وتحمله للضمان، كيف نُدخله في الاستصناع؟ يعني اتفاقية وقعت في الأرض لبناء مطار جديد، الشركة ستظل خمسة وعشرين عاماً تدير المطار إدارة كاملة، كيف نقول إن هذه عملية استصناع؟

ثم بعد ذلك موضوع الصيانة وهو في غاية الأهمية. هذا المستصنع أنا مسؤول عنه كباني للمطار ومتعامل وفق هذا العقد وسأقوم بكثير من الأشياء. بل أكثر من ذلك، الاستثمار: أنا أقوم باستثمار أعداد كبيرة من فعاليات هذا البناء وأنا مفوّض بالتأخير للغير ومفوّض بكذا.. كيف يمكن إذا كنت لا أريد استحضار عقد الوكالة والمقاولة والتشغيل وغير ذلك؟

حقيقة حلاً لهذا الإشكال نقول: إنه عقد جديد، وإذا لم نرد أن نقول: إنه عقد جيد فهو عقد مركب، وقد قلنا ذلك في كثير من العقود، وقبل قليل استشهد بكلام أحد المتخصصين المتميزين الدكتور نزيه حماد في قضية النظر للعقود المركبة ككل وليس كأجزاء وتفاريع، وبالتالي نحل الإشكال. يقال لنا: إننا سوف نتعب في عملية دراسة الآثار. يا أخي الآثار مقررة، والضمان بتفاصيله مقرر، ما يتعلق بالعقود قاله الدكتور نبيل ـ وهو خبير في هذا المجال ـ إن هناك عقود تحتوي على عشرة آلاف صفحة. أنت اشترط ألا يكون هناك نص من هذه النصوص يخالف الشريعة الإسلامية، وإذا أردت أن تدخل في التفاصيل لا مانع من ذلك، وتقيم كل شرط ورد في هذه العقود، لكن أن نقول: إنه استصناع ونغيب فقط عن المسألة بكل تفاصيلها شيء مستغرب!! وشكراً لكم.

الدكتور عبدالستار أبو غدة:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

أولاً الدكتور عبدالباري مشعل له ملاحظتان. قال بأنه إذا قلنا بأن ينشأ على ملك المستصنع، معنى ذلك أنه يجوز تصكيكه. هذا ليس صحيحاً لأن الموصوف في الذمة من عقد الاستصناع أو السلم أو الإجارة الموصوفة في الذمة لا يجوز تصكيكها إلا بعد تعيين المحل وتسليمه، فهذا منصوص عليه في الصكوك الاستثمارية.

الملاحظة الثانية قال فيها: الضمان مرتبط بالملك، لا أبداً، الضمان مرتبط بالقبض. أنت عندما تشتري شيئاً من عند شخص ملكته، إذا كان معيناً ملكته بعينه، وإذا كان في ذمته ملكت في ذمته هذا الشيء، ولكن لا يصبح مضموناً عليك إلا بعد أن تقبض، الضمان مرتبط بالقبض.

بالنسبة للدكتور أحمد الإسلامبولي قال: إن الاستصناع ليس عقداً مسمى. كل أبواب الفقه عند الحنفية موجود فيها عنوان اسمه: عقد الاستصناع. ما معنى العقد المسمى؟ العقد المسمى هو العقد الذي نظمت أحكامه وشروطه وآثاره شرعاً أو قانوناً. المتعاقدان لا يحتاجان أن يذكرا هذه الأشياء. يقول: أنا أريد أن أعمل استصناع. إذن تطبق عليه هذه الأحكام، وهذا هو العقد المسمى. فإذا لم يكن الاستصناع عقد مسمى فكيف نبحث عن هذا؟!

الدكتور عبدالوهاب أبو سليمان قال: إذا رأيت مَن يجيز الاستصناع فهو حنفي. أنا أقول: لا، إذا رأيت مَن يرى الاستصناع فهو مجمعي لأنه صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي بالاستصناع.

أما الدكتور عبدالسلام العبادي، جزاه الله خيراً، فبالنسبة لاستمرار مسؤولية الصانع عشرين أو ثلاثين سنة، هذا من أحكام الاستصناع، لأن الاستصناع يتحمل فيه الصانع ضمان العيوب الخفية ولا يجوز التبرؤ منها، خلافاً للبيع العادي، لأن فيه معنى العمل والإجارة، والإجارة لا يجوز التبرؤ فيها من عيوب المنفعة. ولكن هذا الضمان بدل أن يكون مفتوحاً يتفق عليه الطرفان، يقول عندك

سنتين كذا أيها المقاول، أنت ملزَم إذا تشققت الجدران أو ظهر كذا، أحياناً تكون المسألة معقدة، يقول عشرة سنين. هذا تحديد للضمان الذي هو أحد أحكام الاستصناع. الاستصناع لا يجوز فيه التبرؤ من العيوب.

إذا قلنا إن عقد الاستصناع مركب.. أنا قول: الـ B.O.T هو عقد استصناع وليس فيه تركيباً، لكن لو أضفنا إليها عقود أخرى مثل ما ذكر الدكتور عبدالسلام: عقد الصيانة، وعقود غيرها، نقول: هذه المنظومة صارت عقداً مركباً، لكن الـ B.O.T هو الاستصناع، لأنه إنشاء المصنوع وتسليم الثمن ممثلاً في التشغيل وإعادته مسلماً فيه.

ونحن كما قال الشيخ خالد الرشود مطلوب منا الكلام عن الـ B.O.T وليس عن السبعة عشرة صورة التي هي عائلة الـ B.O.T. وشكراً لكم.

الدكتور قطب مصطفى سانو:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

أعود مرة أخرى لقضية المصطلح هنا، والـ B.O.T كما تفضل الأخ خالد الرشود وبيَّن الموضوع، ففي أستراليا وكندا ونيوزلندا يستخدمون الـ (B.O.O.T) (B.O.T)، وأعود وأقول: إن معظم العناوين التي وردت في الأبحاث ترجمت الـ Transfer الإعادة، وهذا فيه نظر، لأن الـ Transfer لا تعني الإعادة، إنما هي تعني نقل الملكية، ملكية هذا المبنى، أنا كنت قد مررت قبل أيام بتجربة وهي أنه جاءتنا شركة تريد أن تبني الطاقة الكهربائية للبلد ككل، فكانت التجربة أن هذه الشركة البريطانية، وإن كان من حق الدولة أنها ستبني هذه وأنها تملك الإمكانات التي تؤسس هذه المحطة الكهربائية لكن شريطة أن تشغل هذه المحطة وتضع نظاماً لكي تسترجع أموالها التي ستصرفها على هذه المحطة، عندها يأتي

ما قاله الدكتور بخيت وهو أن الدولة التي تستقبل الـ B.O.T من حقها أن تضع لها من الشروط التي تكون في مصلحتها والعقد شريعة المتعاقدين عندنا. بمعنى أنها إذا رأت الدولة أن هذه الشروط التي أتى بها صاحب المشروع الـ B.O.T عندها يجب أن يتراجع عنها. أما أن كلمة B.O.T ما عدا O.W.N أعتقد أن هذا ليس موجوداً في الغرب، الموجود في الغرب هو هذه.

النقطة الأخيرة: العقود المسماة ليست فقط هي العقود التي نظمت أحكامها وشروطها شرعاً. أنا أعترض على كلمة: شرعاً، لأن عقد الاستصناع ليس له دليل خاص من الكتاب أو السنّة، وبالتالي لا يمكن عند الأصوليين أن يقاس عليه، لأن المقيس عليه في العملية القياسية يحتاج إلى الأركان الأربعة. عندك أصل وهو ما ثبت بالكتاب أو السنّة، وفرع تريد أن تلحقه بما ثبت في الكتاب والسنّة، وأن الاستثناء هو ثابت بالدليل العام الذي هو: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ وهذا الدليل العام الذي نعود إليه لا نستطيع أن نرجع إلى عقد تفرع عن هذا الدليل العام لنتخذه أصلاً ونترك أصل الأصل، والأصل هنا هو هذه النصوص العامة أو الأصول العامة التي ثبتت بها مشروعية العنان والمفاوضة والجعالة وغيرها من هذه العقود. العقود المسماة هي العقود التي كانت حاضرة عند تدوين الفقه الإسلامي، وهي العقود التي عرفها الفقهاء القدامى ولكن العقود التي نشأت بعد عصر التدوين هذه لا يمكن أن نصنفها أنها عقود مسماة، هي عقود مستحدثة في الملة، وكونها مستحدثة في الملة لا يمنع ولا يعيب ألاّ يكون الفقه المدوّن لا يستوعبها لكن نرحب بها مع الشروط والضوابط التي يمكن للفقه الجديد أن يضعها لهذه العقود المستحدثة في الملة. والله أعلم.

الدكتور صالح بن عبدالله بن حميد (الرئيس):

على كل حال العقود المسماة هي التي سمّاها المتقدمون.

لجنة الصياغة لهذا الموضوع: الدكتور عبدالستار أبو غدة (مقرراً)، الشيخ خالد الرشود (عضواً)، الدكتور عكرمة سعيد صبري (عضواً)، القاضي محمد تقي العثماني (عضواً)، الأستاذ الدكتور عبدالوهاب أبو سليمان (عضواً)، الأستاذ الدكتور أحمد محمد بخيت (عضواً).

وشكراً لكم، وتُرفع الجلسة.

ثالثاً: القرار

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار رقم ١٨٢ (١٩/٨)

بشأن

تطبيق نظام البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من ١ إلى ٥ جمادى الأولى ١٤٣٠هـ، الموافق ٢٦ ـ ٣٠ نيسان (إبريل) ٢٠٠٩م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع: **تطبيق نظام البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة**، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله،

قرر ما يأتي:

١ ـ يقصد بعقد البناء والتشغيل والإعادة: اتفاق مالك أو مَن يمثله مع ممول (شركة المشروع) على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها، كاملاً أو حسب الاتفاق، خلال فترة متفق عليها بقصد استرداد رأس المال المستثمَر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها.

٢ ـ عقد البناء والتشغيل والإعادة عقد مستحدَث، فهو وإن شابه

في بعض صوره التعاقدات وأدوات الاستثمار المعهودة فقهاً، فإنه قد لا يتطابق مع أي منها.

٣ ـ يجوز الأخذ بعقد البناء والتشغيل والإعادة في تعمير الأوقاف والمرافق العامة.

ويوصي بما يلي:

● تكثيف ـ البحث الفقهي حول جميع صور عقود البناء والتشغيل والإعادة بغرض ضبط أحكامها المختلفة وصياغتها في نصوص يسهل عند التفاوض والتحاكم الرجوع إليها والبناء عليها.

والله أعلم.

❊ ❊ ❊

الموضوع التاسع
مرض السكري والصوم

البحوث المقدّمة

١ - **مرض السكري وصيام رمضان**: للدكتور أحمد رجائي الجندي.
٢ - **مرض السكري والصوم**: للشيخ بدر الحسن القاسمي.
٣ - **مرض السكري والصوم**: للدكتور عبدالرحمٰن بن عبدالله السند.
٤ - **مرض السكري والصيام**: للأستاذ الدكتور عبدالناصر موسى أبو البصل.
٥ - **مرض السكري والصوم**: للدكتور عصام محمد سليمان موسى.
٦ - **مرض السكري والصوم**: للشيخ محمد المختار السلامي.

ملاحظة:

تمّ ترتيب البحوث حسب الترتيب الهجائي لأسماء السادة الباحثين.

* * *

مرض السكري وصيام رمضان

إعداد
الدكتور أحمد رجائي الجندي
الأمين العام المساعد للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية
دولة الكويت

مرض السكري وصيام رمضان(*)

الدكتور أحمد رجائي الجندي

الأمين العام المساعد للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية

يحتل موضوع هذا البحث مكانة هامة عند المسلمين في جميع أنحاء العالم والذين يبلغ تعدادهم ما بين ١,١ ـ ١,٦ مليار نسمة[١، ٢] وهو ما يوازي ١٨ ـ ٢٥ ٪ من مجموع سكان الكرة الأرضية، وتأتي أهمية البحث لأسباب عدة أهمها:

(١) شهر رمضان له خصوصية كبيرة وهامة في نفوس المسلمين، فهو أحد الفرائض الخمس التي بُنِي عليها الإسلام كما جاء في الحديث النبوي الشريف، عن أبي عبد الرحمٰن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «بُني الإسلام على خمس: شهادة أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، وإقام الصلاة»، وإيتاء الزكاة، وحج البيت، وصوم رمضان» [رواه البخاري ومسلم].

(٢) شهر رمضان له روحانية في قلوب وعقول ونفوس المسلمين لا يشعر ولا يسعد بها إلا الصائمون، فقد نجد مسلما لا يداوم على الصلاة بانتظام وقد لا يؤدي زكاة أمواله ولكنه حريص كل الحرص على صيام شهر رمضان.

(*) هذا البحث ملخص لما دار في الاجتماعات الثلاثة حول الموضوع الأول بالقاهرة بتاريخ ٣ ـ ٥ نوفمبر ٢٠٠٧ والثاني والثالث بالكويت بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٨، وللأبحاث التي ألقيت وأهمها بحث باللغة الإنجليزية تحت عنوان: Recommendation for Management of Diabetes during Ramadan.
وقد ألقى الدكتور علي مشعل بحثاً عبارة عن ترجمة للبحث السابق مع بعض الإضافات، وتسلمت من الدكتور خالد الربيعان ترجمة للبحث السابق، والورقة المعروضة بها إضافات عن الأوراق السابق ذكرها.

(٣) صيام شهر رمضان ليس مرة في العمر ولكنه فرض على المسلمين البالغين الأصحاء مرة كل عام، ويختلف عدد ساعات صيامه من دولة إلى أخرى حسب المكان والزمان، وتتراوح ساعات الصوم من ٨ ـ ٢٠ ساعة يومياً.

(٤) عندما فرض الله سبحانه وتعالى صيام شهر رمضان كما جاء في سورة البقرة أعفى المرضى والمسافرين وغير القادرين كل حسب قدرته على الصيام، وقد وضحت السنة النبوية ذلك في قوله ﷺ «**إن الله تعالى يُحبُ أن تُؤتى رُخَصُه، كما يحب أن تُؤتى عَزائمه**»، [رواه أحمد في مسنده والبيهقي في السنن عن ابن عمر والطبراني في الكبير عن ابن عباس وعن ابن مسعود (تصحيح السيوطى)]، حيث يمتنع المريض عن الطعام والشراب قبل بزوغ الفجر وحتى غروب الشمس، وهي فترة طويلة نسبياً يحدث فيها كثير من التغيرات الفسيولوجية خاصة مع مرضى السكر، فإذا كان مُريض السكري مصاباً بمضاعفات خطيرة قد تؤهله إلى الدخول في غيبوبة، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ ﴿١٨٣﴾ أَيَّامٗا مَّعۡدُودَٰتٖۚ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوۡ عَلَىٰ سَفَرٖ فَعِدَّةٞ مِّنۡ أَيَّامٍ أُخَرَۚ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدۡيَةٞ طَعَامُ مِسۡكِينٖۖ فَمَن تَطَوَّعَ خَيۡرٗا فَهُوَ خَيۡرٞ لَّهُۥۚ وَأَن تَصُومُواْ خَيۡرٞ لَّكُمۡ إِن كُنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ﴿١٨٤﴾ شَهۡرُ رَمَضَانَ ٱلَّذِيٓ أُنزِلَ فِيهِ ٱلۡقُرۡءَانُ هُدٗى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَٰتٖ مِّنَ ٱلۡهُدَىٰ وَٱلۡفُرۡقَانِۚ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُۖ وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوۡ عَلَىٰ سَفَرٖ فَعِدَّةٞ مِّنۡ أَيَّامٍ أُخَرَۗ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ وَلِتُكۡمِلُواْ ٱلۡعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُواْ ٱللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَىٰكُمۡ وَلَعَلَّكُمۡ تَشۡكُرُونَ ﴿١٨٥﴾﴾ [سورة البقرة آية ١٨٣ ـ ١٨٥].

(٥) معظم مرضى السكري يحتاجون إلى رقابة مستمرة لمستوى السكر في الدم على مدى اليوم، وقد يتطلب ذلك أن يتناول المريض بعض الأغذية تفادياً لدخوله في مضاعفات خطيرة قد تودي بحياته إذا ما ارتفعت نسبة السكر في الدم إلى مستوى خطير يوجب التدخل.

(٦) في كل عام وقبل دخول شهر رمضان تكثر الأسئلة حول مدى إمكانية الصيام من عدمه خاصة من مرضى السكري، وبسبب عدم وضوح الرؤية لدى بعض المرضى وبعض الأطباء والفقهاء يظهرون فتاوى قد تبدو متضاربة حيث إن إجابة الطبيب أو الفقيه تأتي حسب الأسئلة.

(٧) ونظراً لأهمية الموضوع فقد عقدت مجموعة من الأطباء المسلمين مؤتمرات حول الموضوع (على حوالى ١٢٢٤٣ مريضا في ١٣ دولة إسلامية هي: الجزائر، وبنجلاديش، ومصر، والهند، وإندونيسيا، والأردن، ولبنان، وماليزيا، والمغرب، وباكستان، والمملكة العربية السعودية، وتونس، وتركيا) وتبين أن ٤٣٪ من مرضى السكري من النوع الأول الذين يجب عليهم الإفطار حسب تعليمات الأطباء يصومون، وقد ثبت أيضاً أن نسبة الوفيات في هذا النوع تترواح بين ٢ ـ ٤ ٪ بينما وجد أن حوالى ٧٩ ٪ أو أكثر من مرضى السكري من النوع الثاني يصومون رمضان رغم نصيحة الأطباء لهم بالإفطار [وهناك فروق في أعداد المسلمين في الدول الإسلامية ممن يصومون رمضان من مرضى السكري من النوع الأول، ففي المغرب يصوم ٩.٤٪ بينما يصوم ٧١.٦٪ في المملكة العربية السعودية، وفي النوع الثاني يصوم ٥٧.٨٪ في تركيا، بينما يصوم ٩٠ ٪ في ماليزيا وبنجلاديش] أي أن عدد مرضى السكري الذين يصومون رمضان حول العالم يصل إلى ٤٠ ـ ٥٠ مليون شخصاً، وذلك بناءً على بحث أجري على ١٢٤٢٢ مريضاً بالسكري في ١٣ دولة إسلامية[٣، ٤].

كما تبين أن ٥٠٪ من المرضى يغيرون جرعات علاجهم سواء عن طريق الفم أو الإنسولين، وهؤلاء قد عانوا مضاعفات خطيرة أثناء صيامهم رمضان بالمقارنة بالأشهر السابقة على رمضان، ولأن جميع هذه المؤتمرات قد عقدت بين الأطباء قراراتها وتوصياتها، وغاب عنها الفقهاء، فقد جاءت قاصرة من ناحية توضيح الرأي الفقهي، إلا أنها كانت أسساً قوية ودعائم راسخه ليبني عليها الفقهاء رأيهم الفقهي في ضوء من التجارب والنتائج

العملية لأكبر تجربة أجريت ليست فقط في عدد من الدول الإسلامية التي بلغت ١٣ دولة، ولكنها أيضاً في عدد المرضى الذين خضعوا للتجربة، بالإضافة إلى أن عدداً كبيراً من الأطباء المسلمين قد ساهموا وشاركوا في وضع الأسس العلمية لها، لذلك فقد أحسن مجمع الفقه الإسلامي بجدة بطرحه موضوع [مرض السكري وصيام رمضان] على أعضائه وتحويله إلى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية لدراسته والخروج بنتيجة حوله، وقد تدارست المنظمة ذلك التكليف على مدى ثلاثة اجتماعات، أحدها بالقاهرة في الفترة من ٣ ـ ٥ نوفمبر ٢٠٠٧ م واثنان في الكويت بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٨، وقد شارك في الاجتماعات مجموعة متخصصة في أمراض السكري وبعض الفقهاء، حيث نوقش الموضوع وتم وضع التوصيات المدونة في آخر هذا البحث [انظر الملحق].

وموضوع مرضى السكري وصيام رمضان يشمل سبعة عناصر:

(١) صيام شهر رمضان.

(٢) مرض السكري.

(٣) تأثير الصيام على الجسم والمضاعفات الناتجة عن عدم ضبط السكر بالدم.

(٤) الأطباء.

(٥) الفقهاء.

(٦) المرضى.

(٧) الإعلام.

أولاً: صيام شهر رمضان:

أ ـ أحد الفروض الخمسة التي بُنِي عليها الإسلام . . . ونص عليه القرآن الكريم كما جاء في الآيات من ١٨٣ ـ ١٨٥ من سورة البقرة، وقد تقدمت ص ٩٧٤.

وهذا الموضوع لن أتحدث فيه فهناك من هم أكفأ مني في الكتابة عنه إضافة إلى ما كتب عنه في السابق من فقهاء وعلماء الأمة الإسلامية.

ب ـ تأثيرات الصيام على الجسم:

يتناول الصائمون في رمضان وجبتين أساسيتين: الأولى عند غروب الشمس وتسمى الإفطار، والأخرى قبل أذان الفجر، وتسمى السحور، وتتراوح الفترة الزمنية بينهما من ٨ ـ ٢٠ ساعة حسب الزمان والمكان، وفي أثناء يوم رمضان يمتنع الصائمون عن الأكل والشرب والجماع وكل ما هو مفطر، وبعد الإفطار يحل لهم كل ما أحله الله لهم من طعام وشراب وغير ذلك.

قال تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ ٱلرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَآئِكُمْۚ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّۗ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمْ كُنتُمْ تَخْتَانُونَ أَنفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنكُمْۖ فَٱلْـَٰٔنَ بَٰشِرُوهُنَّ وَٱبْتَغُواْ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْۚ وَكُلُواْ وَٱشْرَبُواْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلْخَيْطُ ٱلْأَبْيَضُ مِنَ ٱلْخَيْطِ ٱلْأَسْوَدِ مِنَ ٱلْفَجْرِۖ ثُمَّ أَتِمُّواْ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِۚ وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِي ٱلْمَسَٰجِدِۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَاۗ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ ءَايَٰتِهِۦ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ﴾ [البقرة: آية ١٨٧].

وبعد تناول السحور وبداية الصيام منذ مطلع الفجر وحتى غروب الشمس يحدث الآتي داخل جسم الصائم:

● تنخفض نسبة الأنسولين بمقدار الربع تقريباً وبالتالي فإن كمية السكر الداخلة إلى الخلايا تقل ومن ثم تحتاج الخلايا إلى طاقة للقيام بوظائفها فتلجأ إلى تحويل الجليكوجين (وهو نوع من الطاقة المخزونة) المخزن بالكبد والعضلات إلى سكر لاستخدامه في تزويد الخلايا بالطاقة اللازمة لعملها.

● لدى اقتراب نضوب مخزون الجليكوجين في الكبد وحتى قبل ذلك فإن الجسم يبدأ في استخلاص الطاقة اللازمة لعملياته الحيوية التي لا تتوقف من العضلات التي تطلق المواد البروتينية من اللكتات (Lactate) وأنواع معينة من الأحماض الأمينية، وكذلك من

المخزونات الدهنية التي تطلق مادة الجليسرول، وفيما بعد يتزايد إطلاق الأحماض الدهنية الحرة (٥).

وبهذا يتغلب الجسم على عدم حصوله على المواد الغذائية فترة الصيام باستخدام ما لديه من مخزون بصورة إبداعية أبدعها الخالق، ﴿صُنْعَ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ أَتْقَنَ كُلَّ شَىْءٍ إِنَّهُۥ خَبِيرٌۢ بِمَا تَفْعَلُونَ﴾ [سورة النمل آية ٨٨].

ثانياً: مرض السكري:

[المعلومات الواردة هنا معلومات مبسطة حتى لا يضيع وقت الفقهاء في أمور طبية معقدة لن تفيد الفقيه في اتخاذ قرار الصوم أو الإفطار].

١ ـ يطلق على السكري بأنه كالحصان الجامح إن لم تلجمه طول الوقت فالعاقبة هي الهلاك، وسوط التهذيب وكبح الجماح له الغذاء والرياضة ونصائح الأطباء.

وقد لوحظ انتشار السكري في العالم أجمع ومن بينه الدول العربية بنسبة تتراوح بين ١٠ ـ ٢٠ ٪ ويعزى ذلك إلى الهجرة إلى الحضر وارتفاع معدلات الدخل ورفاهية الحياة الاجتماعية وقلة الرياضة التي كانت متمثلة إما في العمل اليدوي، أو التمرينات والسير مسافات طويلة.

ويتم تشخيص المرض بتعيين نسبة السكر في الدم، فإن كانت فوق الحد المطلوب (٨٠ ملجم/ـ ١٢٠ ملجم/) قبل الإفطار فإن المريض يجب فحصه بفحوصات أخرى للتأكد من إصابته بالسكري من عدمه.

ما سبب ظهور السكري في الدم؟

يوجد في جسم الإنسان غدة كبيرة اسمها البنكرياس، وتحتوي على مجموعة من الخلايا تسمى جزر لارنجرهانز التي تحتوي على خلايا تسمى خلايا (ب)، وظيفتها إفراز هرمون الأنسولين في الأشخاص الأصحاء عند تناول الطعام، وظيفة الأنسولين بجانب وظائف أخرى يساعد مادة الجلوكوز في الدخول إلى الخلايا لاستخدامه لإنتاج الطاقة اللازمة لعمل تلك الخلايا، والفائض يتم تخزينه في الكبد والعضلات

على شكل مادة الجليكوجين، وفي حالة الصيام تنخفض نسبة الأنسولين ولا يدخل الجلوكوز إلى الخلايا ويبدأ الجسم في استهلاك ما قام بتخزينه في الكبد والعضلات لإمداد خلايا الجسم بالطاقة اللازمة.

إذا ما حدث في بعض الأشخاص لسبب ما وتوقفت خلايا البنكرياس عن إنتاج الأنسولين أو أن كمية الأنسولين المفرزة كانت غير كافية أو قلة استجابة خلايا الجسم للأنسولين فإن السكر الموجود في الدم لا يستطيع الدخول إلى خلايا الجسم ويستمر في الدوران داخل الدم وتزداد نسبته عند الأشخاص الأصحاء.

وفي الصيام يتم تغيير مواعيد الأكل والشرب وتناول الدواء، مما قد يؤدي إلى وقوع أضرار جسيمة للصائم المريض خاصة الذين يعانون من عدم السيطرة على مستوى السكر بالدم، وبالرغم من هذا فإن نسبة كبيرة منهم يصرون على صيام رمضان مما يسبب تحدياً خطيراً لأنفسهم وللأطباء حيث إن إفراز الأنسولين في جسم الصائم يكون مضطرباً بسبب وجود خلل في الوظائف الفسيولوجية الباثولوجية في الجسم والتي تحدث بسبب الأدوية التي تعطى للمريض لتحفيز الأنسولين في مرض السكري من النوع الأول، وبالتالي فإن تحويل الجليكوجين إلى جلوكوز قد يفشل أمام هبوط نسبة السكر في الدم ويؤدي ذلك إلى فشل عملية زيادة إفراز الهرمونات المقاومة لعمل الأنسولين، وكذلك فإن إفراز هرمون الأدرينالين يصبح غير كافٍ بسبب بعض الاعتلالات العصبية التي يعاني منها المريض أو بسبب النقص الحاد في إفراز الغدد المصاحبة لانخفاض سكر الدم(٥).

(٢) أنواع السكري:

هناك أنواع مختلفة، وسنركز على ثلاثة منها وهي:

أ ـ السكري من النوع الأول:

٥ - ١٠ ٪ من المصابين بالسكري في العالم مصابون بهذا النوع من السكرى، ولكن نسبة وجوده في المملكة العربية السعودية يصل إلى حوالي ٢٧.٧٪ وهي نسبة عالية جدًا(٦).

وكان يطلق عليه في السابق السكري المعتمد على الأنسولين، كما يسمى أيضاً سكري الشباب حيث يظهر في وقت مبكر جدا في الأعمار الصغيرة أو قد يبدأ منذ فترة الطفولة.

ويعزى هذا المرض إلى كثير من العوامل، لعل أهمها: أن الخلايا المناعية بالجسم تقوم بتدمير خلايا (ب) في البنكرياس وبالتالي لا يتمكن البنكرياس من إفراز هرمون الأنسولين، وهذه العملية محكومة بعوامل جينية خاصة تم التعرف عليها، وأن العوامل المباشرة لعوامل الإتلاف قد تكون الإصابة بفيروسات أو مواد معينة قد تؤثر منفردة أو مجتمعة لإحداث تغييرات في خلايا (ب) مما يدفع جهاز المناعة للتعامل معها على أنها أجسام غريبة ويقوم بتدميرها.

وعلاج هذا النوع من السكري يكون بحقن الأنسولين من ثلاث إلى أربع مرات حسب الحاجة ووضع المريض ورؤية الطبيب(٧).

والآمال معقودة على زراعة الخلايا الجذعيه للتغلب على هذه المشكلة التي باتت تؤرق المرضى والأطباء.

كما ظهرت حديثاً زراعة الخلايا (ب) في الكبد وأتت بنتائج جيدة ولكنها ما زالت تحت التجربة وفي مراحلها الأولى، كما ظهرت مضخة الأنسولين ورغم وجودها في الأسواق إلا أنها مرتفعة الثمن، وقد تصبح في القريب العاجل في متناول الجميع.

ب ـ السكري من النوع الثاني:

وقد كان في السابق يسمى سكري الكهول أو السكري غير المعتمد على الأنسولين، ولكن ألغيت هذه التسميات نظراً لظهور هذا النوع في السنوات الأخيرة لدى الشباب والأطفال، حيث انتشرت الملوثات البيئية والأغذية السريعة والمشروبات ذات الطاقة العالية والسكريات وغير ذلك مما تسبب في زيادة الأوزان بشكل كبير لم يكن موجوداً في السابق، والإحجام عن القيام بالرياضة، مثل المشي.

ويعتبر هذا النوع هو الأكثر شيوعا، إذ إن المصابين به يزيدون

على ٩٠ ٪ من مجموع مرضى السكري بشكل عام، والسبب وراء الإصابة بهذا النوع هو اضطراب في إفراز مادة الأنسولين وعدم مقدرة خلايا الجسم على الاستفادة منه بسبب ما يطلق عليه مقاومة مفعول الأنسولين، حيث يتفاقم الاختلال وتضعف قدرة خلايا (ب) بالبنكرياس على إنتاج الأنسولين مع الزمن.

وفي هذا النوع من السكري فإن عوامل الوراثة أوضح منها بكثير من النوع الأول غير أن أسلوب التوارث مثير للجدل العلمي، وهناك تأثيرات هامة كثيرة، كالسن والتغذية وعدم الحركة وعوامل بيئية أخرى(٧).

ويحتاج هؤلاء المرضى من المصابين بالنوع الثاني من مرض السكري إلى ممارسة الرياضة والحمية الغذائية وبعض الأدوية عن طريق الفم.

أما إذا وصلت مستويات السكري في الدم إلى مستويات مرتفعة فقد يحتاج المريض إلى الحقن بالأنسولين حسب حالته ونصائح الطبيب المعالج.

ج ـ النوع الثالث: سكري الحمل:

ويقصد به السكري الذي يتم اكتشافه لأول مرة أثناء الحمل، أي أن هذه السيدة الحامل لم تكن مصابة في السابق بالسكري، ويرجع سببه إلى نفس الأسباب المسببة للسكري من النوع الثاني، ولعل أبرزها: مقاومة الجسم للإنسولين، وعدم إمكانية الاستفادة منه.

وتصل النسبة إلى حوالي ٧ ـ ١٠ ٪ من النساء الحوامل اللاتي تعانين من هذا النوع من السكري.

والعلاج المفضل في هذه الحالات هو الإنسولين للحفاظ على سلامة الجنين وصحة الأم(٧).

وهناك أنواع أخرى من السكري مثل: السكر الناتج عن بعض الأدوية، أو بعض الأمراض التي تصيب البنكرياس، أو الاختلالات الهرمونية وخصوصاً في الغدد النخامية وخلايا (أ) في البنكرياس وغيرها.

ويعتبر السكري من الأمراض التي تجتاح العالم بشكل وبائي، وتزداد نسبة الإصابة به عاماً بعد آخر، إذ قُدر عدد المصابين به عام ٢٠٠٠ إلى حوالى ٢٧٥ مليون من مجموع السكان في العالم ويتوقع أن يصل إلى حوالى ٣٤٠ مليون بحلول عام ٢٠١٠ م، وهذا يمثل تحدياً كبيراً لأطباء السكري وواضعي السياسة الصحية في العالم خاصة العالم الثالث، إذ تؤكد الدراسات على أن الولايات المتحدة الأميريكية أنفقت حوالى ٩٢ بليون دولار عام ١٩٩٢، أما إنجلترا فأنفقت ٢ بليون جينه استرليني عام ١٩٩٢[٦].

أسباب زيادة انتشار هذا المرض:

هناك أسباب كثيرة منها:

- زيادة نسبة التلوث البيئي بكل أنواعه سواء في الجو والبر والبحر.
- العدوى بالفيروسات والميكروبات وانتشار هذه الظاهرة.
- الإفراط في استخدام المواد الكيميائية في حياتنا اليومية سواء أكانت في شكل مبيدات حشرية أو إضافات للمواد الغذائية أو غير ذلك.
- تغيير العادات والتقاليد القديمة في الغذاء أمام الهجمة الشرسة لما يطلق عليه الغذاء السريع بما فيه من نسبة عالية من الدهون مما يساعد على زيادة الأوزان بصورة مفرطة.
- زيادة استهلاك المشروبات الغازية المحتوية على نسبة عالية من السكريات.
- زيادة سرعة إيقاع الحياة والضغوط الحياتية النفسية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية الشديدة.
- التدخين وآثاره المدمرة على أعضاء الجسم المختلفة.
- إهمال القيام بالرياضة بأنواعها المختلفة حتى المشي الذي يمكن أن يؤتي ثماراً جيدة في حالات مرضى السكري.

هل لمرض السكري آثار جانبية على مرضاه؟

مرض السكري له آثار كثيرة على مرضاه على المستويين القصير والبعيد، بعضها بسيط يمكن تداركه وعلاجه وبعضها خطير قد يودي بحياة المريض أو يصيب أحد الأعضاء الهامة بعطب قد لا يمكن إصلاحه.

فعلى المدى القصير قد يصاب المريض بأي من الأعراض الآتية:

كثرة التبول، والعطش، والضعف والإعياء، وفي بعض الحالات قد يشعر المريض باختلال الإبصار، والتهاب الأعصاب، والتهاب الشبكية، والتهاب الكلى، وقد يلاحظ ظهور حالات قرح في القدم في حوالى ١٠٪ من الحالات وارتفاع ضغط الدم والدهون.

كما تبين من الدراسة الموسعة المشار إليها سابقاً بأن هناك فروقاً في المضاعفات بين مرضى الدول المختلفة، فعلى سبيل المثال: في مرضى السكري من النوع الأول تبين أن التهابات الأعصاب في مرضى السعودية حوالي ٧,٦٪ بينما تصل إلى ٧٠٪ في إندونيسيا، وفي مرضى السكري من النوع الثاني تراوحت النسبة بين ١٠,٨٪ في بنجلاديش وبين١ ,٤٢٪ في مصر.

هذه الاختلالات يمكن علاجها والتغلب عليها إذا ما وضع السكر في الدم تحت السيطرة.

لكن إذا ما زادت نسبته في الدم ولم يتمكن الأطباء من السيطرة عليه لإعادة النسبة إلى معدلاتها العادية فإن كثيرا من الخلل البيولوجي سيظهر وقد يؤدي إلى وفاة المريض ولعل أهمها:

[مع ملاحظة عند ذكر الارتفاع الحاد أو الانخفاض الحاد داخل البحث يعني بأن الحالة يجب إدخالها أو تم إدخالها إلى المستشفى].

(١) **هبوط السكر في الدم.**

ويعزى ذلك إلى قلة تناول الطعام وإعطاء مريض السكري جرعة كبيرة من الأنسولين أو بعض الأدوية من المجموعات التي تؤثر تأثيراً كبيراً على نسبة السكر في الدم، كما يسهم في حدوث هذا الهبوط معاناة هؤلاء المرضى من اعتلالات في بعض أجهزة الجسم مثل الكلى أو الغدد الصماء أو الجهاز الهضمي الذي قد يحول دون أخذ الكميات المطلوبة من الغذاء، أو أن الغذاء لا يمتص بدرجة كافية.

كما أن هناك أدوية تسهم في حدوث هذه المضاعفة، ويجب التحذير هنا من الجهد البدني العنيف للمصابين بالسكري دون الاستعداد له بشيء من الطعام قبل بدء الجهد الرياضي وربما أثناءه، كما يجب التحذير أيضاً من تأخير وجبات الطعام عن مواعيدها أو حذف وجبة أو أكثر لدى المرضى الذين يعالجون بالأنسولين.

كما يجب على مثل هؤلاء المرضى تناول مادة سكرية عند شعورهم بمقدمات هذه الغيبوبة وعلى المحيطين بهم معرفة أعراضها وما يجب أن يتخذوه حيالها، ويجب على الطبيب المعالج تعديل برنامج علاج مثل هؤلاء المرضى[٧].

هذا وقد قيست نسبة الوفيات الناتجة عن انخفاض سكر الدم فوجد أنها تترواح بين (٢ ـ ٤ ٪) لدى المصابين بمرض السكري من النوع الأول ولم يثبت أن انخفاض نسبة السكر في الدم تسبب الوفاة عند مرضى السكري من النوع الثاني، وهناك شعور سائد بأن انخفاض سكر الدم ليس عاملاً رئيسياً للوفاة في هذه المجموعة وأن نسبة انخفاض سكر الدم لدى مرضى النوع الثاني هي أقل منها لدى مرضى النوع الأول لذا يعالج مرضى النوع الثاني عن طريق الفم[٤، ٨].

وتأثير الصيام خلال شهر رمضان على مستوى هبوط السكر في الدم وحدوث الغيبوبة غير معروف على وجه اليقين. إلا أن أكبر دراسة تمت[٤] أثبتت أن الصيام خلال شهر رمضان يساعد على زيادة مخاطر حدوث هبوط السكر (ويقصد بها هنا الحالات التي أدخلت إلى

المستشفيات) حيث زادت نسبة هذه الحالات للمرضى المصابين بالسكري من النوع الأول ومرضى النوع الثاني [تبين من الدراسة أن ٢٣٪ من مرضى السكري من النوع الأول و٤٪ من النوع الثاني قد عانوا مرة على الأقل من هبوط حاد في السكر أدخلوا على أثره إلى المستشفيات، كان ذلك في العام السابق على رمضان الذي تم إجراء البحث فيه، وأثناء رمضان زادت نسبة دخولهم المستشفيات إلى ٩ ٪، ٢٪ لمرضى السكري الأول والثاني على التوالى]، ورغم أهمية هذه الدراسة فإنها لم تشمل مجموعة من المرضى الذين لم يتم إدخالهم إلى المستشفيات، ولكن تم تقديم العون لهم وإسعافهم عن طريق طرف ثالث.

والأخطر من ذلك فإنه بالرغم من أن متوسط قياس الخضاب الجلوكوزي (الهيموجلوبين السكرى) في هذه الدراسة لم يؤخذ في بداية هذه الدارسة في رمضان إلا أن هذا لا يرجح أن مستوى السكر جيد لدى المرضى، فقد يحدث هبوط حاد بالسكر عند الأشخاص الذين يتناولون العلاج عن طريق الفم أو عند تغيير جرعات الأنسولين وعند الأشخاص الذين طرأ تغيير على نمط حياتهم[٤].

(٢) ارتفاع سكر الدم:

يرجع سبب ارتفاع السكر بالدم إلى الإفراط في تخفيض الجرعات العلاجية من أجل منع هبوط السكر وتناول كميات كبيرة من الطعام غير المسموح به، خاصة تلك الأطعمة المحتوية على المواد السكرية.

كما أن هؤلاء المرضى في الغالب مصابون بأمراض أخرى في أعضاء هامه مثل: الكلى أو يستخدمون بعض الأدوية التي تتفاعل مع بعضها وتوقف أو تقلل أو تتضاد مع الأدوية التي يتناولها المريض لخفض السكر في الدم.

وتؤكد بعض الدراسات ومنها الدراسة البريطانية التي أُجْرِيت حول طول فترة البقاء أو الموت عند المصابين بمرض السكري وجود ارتباط

بين ارتفاع سكر الدم ومضاعفات أمراض القلب الوعائية (٩، ١٠) ولكن لا توجد دراسات حول ارتباط ارتفاع سكر الدم المتكرر أو الارتفاع لفترة بسيطة وبين مضاعفات السكري (٤ أسابيع على سبيل المثال).

وقد ثبت بالدراسة أن ضبط مستوى السكر بالدم للمرضى الصائمين في شهر رمضان نتج عنه أن بعض المرضى قد تدهورت حالتهم، والبعض الآخر أظهر تحسناً والبعض الثالث لم يحدث له أي تغيير[١١، ١٢].

كما بينت الدراسة الموسعة السابق الإشارة إليها أن ٤٠٪ من مرضى السكري من النوع الأول، ٩ ٪ من مرضى النوع الثاني أصيبوا مرة على الأقل بارتفاع السكري حيث تبين أن بعضهم يوجد لديه أحماض كيوتونية، والبعض الآخر لا يوجد فيه واحتاجوا إلى دخول المستشفيات بينما في رمضان زادت النسبة إلى ١٣ ٪ و٤ ٪ من النوعين على التوالي.

ولعل أبرز ما يلاحظه الطبيب هو زيادة السكر في الدم بشكل كبير دون وجود أحماض كيتونية كما يصاب المريض بخلل في العناصر المختلفة بالجسم، ويعاني المريض من شدة الجفاف.

وهذا النوع من الغيبوبة يمثل خطورة كبيرة على حياة المريض[٧].

(٣) الحمّاض السكري الكيتوني Diabetic Ketoacidoses:

وغالباً ما تحدث هذه الغيبوبة للمصابين بمرض السكري من النوع الأول، كما أنها يمكن أن تحدث لمرضى السكري من النوع الثاني، وفي جميع الأحوال سواء كان السكري الأول أو السكري الثاني فإن السبب وراء ظهور هذا النوع من الغيبوبة هو عدم كفاية جرعة العلاج سواء من الأنسولين أو غيره لتخفيض السكري مما هو عليه، بجانب ذلك فإن المريض غالباً ما تكون لديه إصابات بعدوى أو بعض الأمراض الأخرى التي تساعد على إصابته بهذه الغيبوبة، وأكثر ما يميز هذه الحالة

ارتفاع كبير للسكر في الدم والأحماض الكيوتونية واختلال في الماء والدهون والأملاح.

في جميع حالات الغيبوبة السابقة يجب نقل المريض فوراً إلى أقرب مستشفى لاتخاذ الإجراءات اللازمة إنقاذاً لحياته.

ولعل الأسباب وراء الارتفاع الحاد والانخفاض الحاد للسكر في الدم هي: تغيير أنماط الحياة في شهر رمضان عن بقية الشهور، وكذلك تغيير مواعيد وجرعات الأدوية، وهذا ما أثبتته الدراسة الموسعة على مجموع المرضى من السكري من النوعين.

حيث تبين أن ٣٨.٤٪ من المرضى أصيبوا بهبوط شديد للسكر نتيجة تغيير كمية جرعة الدواء عن طريق الفم، وفي حالات الأنسولين كانت نسبة الهبوط حوالى ٥٥,٣٪.

أما على المدى البعيد:

فقد أثبتت الأبحاث بأن زيادة نسبة السكري في الدم لها تأثيرات كثيرة وخطيرة على المستوى البعيد على معظم أعضاء الجسم الداخلي والخارجي إذا لم تتم السيطرة على مستوى السكري في الدم، ولعل أبرزها:

(١) اعتلال الشبكية، وقد يتطور الأمر إلى حدوث نزف أو انفصال في الشبكية يؤدى إلى فقد الإبصار، وقد تتأثر العدسة وتصبح معتمه وقد يتطلب الأمر التدخل الجراحي لإزالتها أو استبدالها.

(٢) اعتلال الكليتين وقد يسبب ذلك ظهور بروتين في البول وقد يتطور الأمر إلى أبعد من ذلك فيؤدي إلى الفشل الكلوي، ومما يساعد على ذلك وجود التهابات مزمنة بالمجاري البولية وارتفاع التوتر الشرياني.

(٣) اعتلال الأوعية الدموية بالقلب مما قد يؤدي إلى الذبحة الصدرية أو احتشاء عضلة القلب.

(٤) اعتلالات الأوعية الدموية بالمخ، وهذا يؤدي إلى أنواع مختلفة من الاعتلالات.

(٥) اعتلالات الأعصاب الطرفية والأعصاب التلقائية، ويؤدي ذلك إلى مجموعة من الأمراض.

(٦) سهولة إصابة المريض بالأمراض المعدية خاصة في الجلد.

(٧) العجز الجنسي.

بالإضافة إلى عدد آخر من الأمراض التي يسببها ارتفاع السكر في الدم وعدم السيطرة عليه لفترات طويلة.

الجفاف والتجلط:

نظراً لمحدودية الحصول على الوسائل أثناء صيام رمضان خاصة في الأيام الطويلة فإن ذلك يتسبب في إصابة الصائم بالجفاف، وقد يكون ذلك الجفاف بصورة حادة في أيام الصيف الحارة والرطوبة المرتفعة، والذين يقومون بأعمال شاقة أو بتدريبات رياضية أو أية أعمال تتسبب في زيادة نسبة التعرق، بالإضافة إلى ذلك فإن زيادة السكر في الدم يمكن أن تسبب ما يطلق عليه زيادة الإدرار التناطحي، وكل هذا يسهم في نقص كبير في السوائل والأملاح بالجسم ويساعد على الإصابة بنقص الضغط الشرياني، وبخاصة عند المصابين بالاعتلال العصبي.

وبالتالي فإن نقص حجم الدم وانخفاض الضغط قد يسبب حالات إغماء وسقوط مما ينتج عنه حدوث كسور، كما أن الانقباضات الوعائية التي تحدث نتيجة لذلك قد تسبب حالة من الإصابة بالتجلطات، وقد صدر تقرير من المملكة العربية السعودية يفيد ويؤكد ارتفاع عدد حالات الانسداد الشبكي الشرياني لدى المرضى الصائمين، أما عدد حالات أمراض القلب التاجية والسكتة الدماغية فلم تتزايد خلال شهر رمضان[٤].

ثالثاً: الأطباء:

صفات وواجبات الأطباء العاملين في هذا المجال:

يدرك الأطباء العاملون في هذا المجال قبل غيرهم خطورة مرض السكري على المريض ويحاولون دائماً السيطرة على مستوى السكري في الدم بالوسائل المتاحة واختيار أنسبها واقتراح الأغذية المناسبة لكل حالة على حدة، ومراقبة المريض قبل بداية شهر رمضان بفترة كافية لضبط الجرعات اللازمة، إذا رأى الطبيب أن المريض يستطيع الصيام، أما إذا رأى أنه لا يستطيع ذلك فعليه أن يسدي إليه النصح والإرشاد وبيان عاقبة أمره إذا ما خالف ذلك، وأنه معرض للهلاك لخطورة حالته الصحية والتي قد تدخل إلى مرحلة لا عودة بعدها مما قد يؤدي ذلك إلى هلاكه، أو على أقل تقدير الدخول في مرحلة من المضاعفات الخطيرة التي قد تترك آثارها السلبية على المريض، وعلى الطبيب أن ينصح المريض بالذهاب إلى الفقيه الذي يثق فيه لأخذ رأيه، وإذا كان من الممكن فعلى الطبيب تزويد المريض بتقرير كتابي يشرح فيه حالة المريض وما يوصي به.

لكن من هو الطبيب الذي يوكل إليه تقرير حالة المريض بالسكري لكي يصوم رمضان أم لا؟

مرض السكري مرض خطير كما سبق وتحدثنا عنه، لذلك يجب أن يكون الطبيب مسلماً حاذقاً في فنه وتخصصه متحلياً بالإخلاص ومكارم الأخلاق ومستشعراً العبودية لله ومشهوداً له بالأمانة والنزاهة، متواضعاً يحترم الآخرين ومعروفاً عنه الصبر والحلم والعطف والمحبة والإنصاف والاعتدال.

فإن لم يجد المريض طبيبا مسلما فأي من الأطباء من أصحاب الديانات السماوية ممن تنطبق عليه الصفات السابقة.

وإن قصر الطبيب في نصح المريض وتوعيته وإعلامه بما قد يقع له من مضاعفات فإنه يعتبر آثماً لأنه قصر في حق مريضه وأخل بشروط آداب المهنة الطبية وواجباتها التي تطلب من الطبيب أن يبذل قصارى

جهده لإقناع المريض باتباع التعليمات والالتزام بها.

الفقهاء:

يقع على الفقهاء دور هام وخطير إذ تجد المريض يخرج من عند الطبيب إلى الفقيه طالباً منه الإفتاء فيما يعاني منه لثقته فيه، لذلك فإن أمر الإفتاء أمر خطير، ويجب أن يكون هناك تنسيق كامل بين الأطباء والفقهاء حول هذا الموضوع، فالطبيب هو صاحب الكلمة في حالة المريض ويقدر وضعه بصورة جيدة عما إذا كان يمكنه تحمل الصيام بدون مشقة أو مخاطر أو أن حياته ستتعرض لأخطار كثيرة قد تودي به، ولا يجب أن يستأثر أي من الفريقين (الأطباء أو الفقهاء) بالرأي، بل يجب أن يكون بينهما تعاون لمصلحة المريض خاصة وأن المريض دائماً ثقته أكبر في الفقيه من الطبيب، فأمر الصيام والإفطار من صميم عمل الفقيه.

الإعلام:

قبل دخول شهر رمضان بفترة طويلة على الإعلام أن يهيئ مرضى السكري لمراجعة الأطباء للكشف عليهم ووضع برنامج لكل حالة، وعلى الفقهاء والأطباء الاستفادة من الوسائل الإعلامية وأهمها التلفاز ببث رسائل ونصائح إلى مرضى السكري بالتعاون مع الأطباء والفقهاء من أجل صحتهم واتباع إرشادات الأطباء ونصائحهم وفتاوى الفقهاء وما يصدر عنهم.

مما سبق يتضح الآتي:

(١) توجد تأثيرات خطيرة على المرضى المصابين بالسكري في حالة صيامهم رمضان وبخاصة النوع الأول وبعض مرضى النوع الثاني (الذين يعانون من صعوبة ضبط السكر بالدم).

(٢) ثبت بالدراسة الموسعة التي شملت ١٣ دولة إسلامية، و١٢٢٤٣ مريضاً بالسكري [نسبة النوع الأول ١٠,٠ ٪ والنوع الثاني

٩٠٪ من المرضى وهي النسبة العالمية، بأن ٤٣٪ من مرضى السكري من النوع الأول و٧٩ ٪ من مرضى النوع الثاني يصومون رمضان رغم نصيحة الأطباء لهم بعدم الصيام.

(٣) نتيجة الدراسة أفادت بزيادة نسبة حدوث هبوط حاد في السكر بالدم وارتفاع حاد للمرضى من النوعين في رمضان أكثر من أي وقت آخر.

لذلك قامت مجموعة من الأطباء المسلمين المختصين في أمراض السكري بتقسيم المرضى إلى أربعة فئات حسب شدة الحالة وإمكانية السيطرة على نسبة السكر في الدم وتحمل المريض ومدى إصابته كالآتي:

وقد ظهر هذا في التوصيات التالية التي خرج بها المجتمعون الذين شاركوا في اجتماع الكويت في الفترة ما بين ٢ ربيع الآخر ١٤٢٩هـ الموافق ٢٠٠٨/٤/٨.

***

بسم الله الرحمن الرحيم

توصيات الندوة

التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت في الفترة مابين ١ ـ ٣ ربيع الآخر ١٤٢٩هـ الموافق ٧ ـ ٩ أبريل ٢٠٠٨ عن «مرض السكري وصيام رمضان»

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه.

استكمالاً لحلقه النقاش التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في القاهرة بتاريخ ٣ ـ ٥ نوفمبر ٢٠٠٧م فقد عقدت المنظمة ندوة طبية فقهية بتاريخ ٢ ربيع الآخر ١٤٢٩هـ الموافق ٢٠٠٨/٤/٨م بالكويت لدراسة موضوع «مرض السكري وصيام رمضان» الذي تم تحويله من مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السابعة عشرة التي عقدت بعمان بالمملكة الأردنية الهاشمية بتاريخ ٢٨ جمادى الأولى ٢ جمادى الآخرة ١٤٢٧هـ الموافق ٢٤ ـ ٢٨ يونيو ٢٠٠٦م.

وقد شارك في هذه الندوة كل من:

١ ـ الدكتور عبد الرحمٰن عبد الله العوضي.

٢ ـ الدكتور عبد السلام العبادي.

٣ ـ الشيخ عبد الله المنيع.

٤ ـ الدكتور حسن الشاذلي.

٥ ـ المستشار عبد الله العيسي.

٦ ـ الدكتور خالد المذكور.

٧ ـ الدكتور عجيل النشمي.

٨ ـ الدكتور عبد الستار أبو غدة.

٩ ـ الدكتور علي مشعل.

١٠ ـ الدكتور وليد الضاحي.

١١ ـ الدكتور علي السيف.

١٢ ـ الدكتور صلاح العتيقي.

١٣ ـ الدكتور أحمد رجائي الجندي.

أولاً: بعد أن تم عرض الموضوع من الناحية الطبية كما أعدته المنظمة.

تعريف موجز لمرض السكري وأنواعه:

ينتج مرض السكري عن فقدان هورمون الأنسولين الذي تفرزه خلايا خاصة (خلايا ب) في البنكرياس أو عن قلة كمية هذا الهرمون أو قلة استجابة خلايا الجسم له في كثير من الحالات.

وهرمون الأنسولين له فاعلية أساسية في عمليات الاستقلاب والتعامل مع الغذاء بشكل عام ومع السكر بشكل خاص لإنتاج الطاقة اللازمة للجسم ولبناء الأنسجة المختلفة، ويؤدي فقدانه الكمي أو النوعي إلى تراكم السكر في الدم بدرجات لم تتعود عليها أنسجة الجسم مما يتسبب في إحداث اختلالات عديدة قد تظهر على المدى القريب أو البعيد.

ويندرج تحت ما يسمى بمرض السكري عدة أنواع تختلف عن بعضها البعض اختلافاً كبيراً في الأسباب وطرق العلاج، ونورد فيما يلي أنواع هذا المرض كما هو متفق عليه من تسميات وتصنيفات لدى المؤسسات الطبية العالمية المتخصصة في مرض السكري.

(١) السكري من النوع الأول (Diabetes Mellitus Type 1).

(٢) السكري من النوع الثاني (Diabetes Mellitus Type 2).

(٣) سكري الحمل (Gestational Diabetes).

(٤) أنواع أخرى:

(أ) السكري الناتج عن بعض أمراض البنكرياس.

(ب) السكري الناتج عن اختلالات هرمونية وخصوصاً في الغدد النخامية والكظرية وخلايا (أ) في البنكرياس.

(ج) السكري الناتج عن بعض الأدوية.

(د) أنواع أخرى نادرة.

التصنيف الطبي للحالات المرضية لمرضى السكري كما يلي:

(١) المرضى ذوو الاحتمالات الكبيرة جداً للمضاعفات الخطيرة بصورة مؤكدة طبياً وتتميز أوضاعهم المرضية بحالة أو أكثر مما يأتي:

- حدوث هبوط السكر الشديد خلال الأشهر الثلاثة التي سبقت شهر رمضان.
- المرضى الذين يتكرر لديهم هبوط وارتفاع السكر بالدم.
- المرضى المصابون بحالة (فقدان الإحساس بهبوط السكر)، وهي حالة تصيب بعض مرضى السكري، وخصوصاً من النوع الأول، الذين تتكرر لديهم حالات هبوط السكر الشديد ولفترات طويلة.
- المرضى المعروفون بصعوبة السيطرة على السكري لفترات طويلة.
- حدوث مضاعفة (الحماض السكري الكيتوني) أو مضاعفة (الغيبوبة السكرية الأسمولية) خلال الشهور الثلاثة التي سبقت شهر رمضان.
- السكري من النوع الأول.
- الأمراض الحادة الأخرى المرافقة للسكري.

- مرضى السكري الذين يمارسون مضطرين لأعمال بدنية عنيفة.
- مرضى السكري الذين يجرى لهم غسيل كلى.
- المرأة المصابة بالسكري أثناء الحمل.

٢ ـ المرضى ذوو الاحتمالات الكبيرة نسبياً للمضاعفات نتيجة الصيام والتي يغلب على ظن الأطباء وقوعها وتتميز أوضاعهم المرضية بحالة أو أكثر مما يأتي:

- الذين يعانون من ارتفاع السكر في الدم كأن يكون المعدل ١٨٠ ـ ٣٠٠ مغم/دسل، (١٠ملم ـ ١٦.٥ ملم) ونسبة الهيموغلوبين المتراكم (المتسكر) التي تجاوز ١٠٪.
- المصابون بقصور كلوي.
- المصابون باعتلال الشرايين الكبيرة (كأمراض القلب والشرايين).
- الذين يسكنون بمفردهم والذين يعالجون بواسطة حقن الأنسولين أو العقارات الخافضة للسكر عن طريق تحفيز الخلايا المنتجة للأنسولين في البنكرياس.
- الذين يعانون من أمراض أخرى تضيف أخطاراً إضافية عليهم.
- كبار السن المصابون بأمراض أخرى.
- المرضى الذين يتلقون علاجات تؤثر على العقل.

٣ ـ المرضى ذوو الاحتمالات المتوسطة للتعرض للمضاعفات نتيجة الصيام، ويشمل ذلك مرضى السكري ذوي الحالات المستقرة والمسيطر عليها بالعلاجات المناسبة الخافضة للسكر التي تحفز خلايا البنكرياس المنتجة للأنسولين.

٤ ـ المرضى ذوو الاحتمالات المنخفضة للتعرض للمضاعفات نتيجة الصيام ويشمل ذلك مرضى السكري ذوي الحالات المستقرة والمسيطر عليها بمجرد الحمية أو بتناول العلاجات الخافضة للسكر التي لا تحفز خلايا البنكرياس للأنسولين بل تزيد فاعلية الأنسولين الموجود لديهم.

ثانياً: بعد دراسة هذه الحالات الأربع ومناقشتها بين الفقهاء والأطباء وملاحظة الفروق الأساسية الدقيقة بينها خلصت الندوة ـ من حيث حكمها الشرعي بالنسبة للصيام وعدمه ـ إلى الآتي:

١، ٢ ـ مجموعة الحالات الأولى والثانية:

هذه الحالات مبنية على التأكد من حصول الضرر البالغ أو غلبة الظن بحصوله بحسب ما يقدره الطبيب الثقة المختص فيتعين شرعاً على المريض الذي تنطبق عليه إحدى الحالات الواردة فيهما أن يفطر، درءًا للضرر عن نفسه، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [سورة البقرة آية ١٩٥]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾﴾ [سورة النساء آية ٢٩] كما يتعين على الطبيب المعالج أن يبين لهم خطورة الصيام عليهم، والاحتمالات الكبيرة لإصابتهم بمضاعفات قد تكون ـ في غالب الظن ـ خطيرة على صحتهم وحياتهم.

وعلى الطبيب أن يستنفد الإجراءات الطبية المناسبة التي تمكن المريض من الصوم دون تعرضه للضرر.

٣، ٤ ـ مجموعة الحالات الثالثة والرابعة:

لا يجوز لهم الإفطار لأن المعطيات الطبية لا تشير إلى احتمال مضاعفات ضارة بصحتهم وحياتهم بل إن الكثير منهم قد يستفيدون من الصيام.

وعلى الطبيب الالتزام بهذا الحكم وأن يقدر العلاج المناسب لكل حالة على حدة.

توصيات عامة:

١ ـ الأطباء مطالبون بالإحاطة بقدر مقبول من معرفة الأحكام الشرعية المتعلقة بهذا الموضوع ليستعينوا بها في معالجتهم وإرشادهم لمرضاهم وهذا يقتضي إعداد هذه المعلومات من الجهات ذات الصلة وتعميمها على المعنيين بها.

٢ ـ للفقهاء دور بالغ التأثير في تعريف الأطباء بالأحكام الفقهية المتعلقة بالصيام، وبالعبادات بشكل عام في حالات الصحة والمرض.

٣ ـ الفقهاء والدعاة مطالبون بإرشاد المرضى الذين يتوجهون إليهم طالبين الرأي الشرعي، بضرورة استشارة أطبائهم المعالجين الذين يتفهمون الصيام بأبعاده الطبية والدينية، ويتقون الله لدى إصدار النصح الخاص لكل حالة بما يناسبها.

٤ ـ نظراً للأخطار الحقيقية الكبيرة الناتجة عن مضاعفات مرض السكري على صحة المرضى وحياتهم، وما يترتب على ذلك من أضرار صحية ومادية على الأسرة والمجتمع والدولة فإنه يجب اتباع جميع الوسائل الممكنة للإرشاد والتثقيف، بما فيها خطب المساجد ووسائل الإعلام المختلفة لتوعية المرضى بالأحكام السابقة.

٥ ـ ضرورة تنظيم ندوات مشتركة بين الفقهاء والأطباء في شتى البلاد الإسلامية للتعريف بالفقه الطبي، وبخاصة ما يتعلق بهذا الموضوع.

٦ ـ أن تتولى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالتعاون مع مجمع الفقه الإسلامي الدولي إصدار كتيب إرشادي حول هذا الموضوع باللغة العربية وغيرها والعمل على نشره بين الأطباء والفقهاء، وعرض مادته العلمية على صفحة الإنترنت ليطلع عليه المرضى للاستفادة منه.

٧ ـ على الأطباء أخذ الحيطة الشديدة نحو مرضاهم سواء بالسكري أو غيره بالقيام بالتحاليل والتقييمات اللازمة قبل دخول شهر رمضان بوقت كافٍ للتأكد من قراراتهم حول الصيام من عدمه.

٨ ـ التوصية إلى وزارات الصحة بالدول الإسلامية بتفعيل البرامج الوطنية في مجال الوقاية والمعالجة والتوعية بمرض السكري.

٩ ـ ضرورة متابعة الإنجازات العلمية في معالجة مرضى السكري وبخاصة زرع الخلايا المنتجة للأنسولين، واستعمال المضخات المتطورة والتي قد يؤثر تأمينها على الرأي الطبي والحكم الشرعي، وفقاً لقدرات المرضى وظروفهم.

كما قدموا العديد من النصائح للأطباء والمرضى ـ خاصة بالعلاج والغذاء والرياضة ـ وخصصوا الجزء الأكبر للعناية بالمرضى المصابين من النوعيين لتكون مرشداً لهم أثناء تعاملهم مع مرضاهم.

* * *

الملاحق

أسماء السادة الفقهاء الذين شاركوا في الاجتماعات:

١ - الشيخ عبد الله المنيع.

٢ - الدكتور حسن الشاذلى.

٣ - الدكتور عجيل النشمي.

٤ - الدكتور خالد المذكور.

٥ - المستشار عبد الله العيسي.

٦ - الدكتور عبد السلام العبادي.

٧ - الدكتور عبد الستار أبو غدة.

٨ - الدكتور محمد رأفت عثمان.

٩ - الدكتور محمد عبد الغفار الشريف.

١٠ - الشيخ محمد المختار السلامي.

١١ - الدكتور محمد الزحيلي.

١٢ - الدكتور سعد الدين هلالي.

أسماء السادة الأطباء الذين شاركوا في الاجتماعات:

١ - الدكتور عبد الرحمٰن عبد الله العوضي.

٢ - الدكتور علي أحمد مشعل.

٣ - الدكتور وليد الضاحي.

٤ - الدكتور علي يوسف السيف.

٥ - الدكتور صلاح العتيقي.

٦ ـ الدكتور أحمد رجائي الجندي.

٧ ـ الدكتور خالد الربيعان.

٨ ـ الدكتور أشرف الكردي.

٩ ـ الدكتور أيمن يسري.

١٠ ـ الدكتور علي الشنقيطي.

١١ ـ الدكتور فهمي أمارة.

* * *

References

1. The Canadian Society of Muslims: Muslim population statistics 2000 available from http://muslim-canada.org/muslimstats.html
2. An Analysis of the World Muslim Population by Country / region (article online).
3. Wild S, Roglic G, Green A, Sicree R, King H: Global prevalence of diabetes, estimate for the year 2000 & projection for 2030. Diabetes Care 27: 1047-1053, 2004.
4. Salti I, Benard E, Detournay B, Bianchi-Biscay M., Le Brigand C, Voinetc, Jabbar AÛ The EPIDIAR study group: Results of the EPIDIAR 2001 study. Diabetes Care 27: 2306-2311, 2004.
5. Cryer PE, Davis SN, Shamoon H: Hypogylcemia in Diabetes (Review). Diabetes Care 26: 1902-1912Û 2003.
6. الدكتور عثمان كاديكي مجلة تعريب الطب، المجلد ١ العدد ٤ أكتوبر ١٩٩٧ ص ٢٠-٢٢.
7. الدكتور علي مشعل: بحث مقدم لندوة مرض السكري وصيام رمضان التي عقدت بالقاهرة في الفترة ما بين ٣ ـ ٥ نوفمبر ٢٠٠٧م وأعمال الندوة تحت الأعداد.
8. Miller CD, Phillips LS, Ziemer DC, Gallina DL, Cook CB, EL-Kebbi IM: Hypoglycemia in patients with type 2 diabetes. Arch. Int. Med. 161: 1653-1659Û 2001.
9. The Diabetes Control and Complications Trial Research Group: the effect of intensive treatment of diabetes on the development & progression of long term complications in Insulin-dependent diabetes mellitus, N. Engl.J. Med. 329: 977-986, 1993.

10. UK Prospective Diabetes Study (UKPDS) Group: Intensive blood glucose control with sulphonylureas or Insulin compared with convential treatment & risk of complications in patients with type 2 diabetes (UKPDS 33) Lancet 352: 837-853, 1998.

11. Uysal AR, Erdogan MF, Sahin G, Kamel N, Erdogon G: Clinical and metabolic effects of fasting 41 type 2 diabetes patients during Ramadan (Letter), Diabetes Care 21: 2033-2034, 1998.

12. Katibi 1A, Akande AA, Bajuwoye BJ, Okesina AB: Blood sugar control among fasting Muslims with type 2 diabetes mellitus in Ilorin, Nigar J. Med: 10: 132-134, 2001.

❋ ❋ ❋

مرض السكري والصوم

إعداد
بدر الحسن القاسمي
نائب رئيس مجمع الفقه الإسلامي بالهند

بسم الله الرحمن الرحيم

المحور الأول

إن من علامات الضعف والنقص في الإنسان وكونه خاضعاً لقدرة الخالق سبحانه في شؤونه وأحواله إصابته بأمراض مختلفة ثم عودته سليماً معافى بمنّ الله سبحانه وكرمه ليتذكر نعمه ويقول: ﴿وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ ﴿٨٠﴾﴾ [الشعراء: ٨٠].

إن الصحة نعمة والمرض ابتلاء، وقد ورد التذكير بذلك في الحديث النبوي الشريف: «نعمتان مغبون فيهما كثير من الناس: الصحة والفراغ»(١).

وقوله ﷺ: «من أصبح آمنا في سربه، معافى في جسده، عنده قوت يومه فكأنما حيزت له الدنيا بحذافيرها»(٢).

والمرض نقيض الصحة يخرج فيه الجسم من حالة الاعتدال إلى حالة الاضطراب والاختلال ويطرأ عليه الضعف وتصاحبه الأوجاع والآلام بدرجات متفاوتة.

وإن من الأمراض الشائعة في هذا العصر والمنتشرة على نطاق واسع في كافة أنحاء العالم «مرض السكري»، وهو في الحقيقة مجموعة أمراض بينها عامل مشترك، وهو الخلل في وظيفة الأنسولين والذي قد يعجز الجسم عن إنتاجه تماماً أو ينتجه بصورة غير كافية.

وتتحدث التقارير أن في الولايات المتحدة الأمريكية وحدها أكثر من ١٩ مليون مصاب بمرض السكري، بل هناك ارتفاع ملحوظ في المصابين بداء السكري في معظم دول العالم لأسباب تتعلق بتغير نمط

---

(١) صحيح البخاري ٥٩٣٣.

(٢) رواه الترمذي ٢٢٦٨.

الحياة الإنسانية والاعتماد على أنواع معينة من الأغذية. إضافة إلى العوامل الوراثية وغيرها.

إن موضوع «**مرض السكّري والصوم**» كان قد اختاره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته المنعقدة بعمان في المملكة الأردنية الهاشمية عام ٢٠٠٦م لكنه ارتأى تأجيل اتخاذ القرار حول المسألة لإجراء مزيد من الدراسات واستكمال مزيد من الأبحاث.

وقد بادرت «المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية» بعقد ندوة متخصصة بدولة الكويت عام ٢٠٠٧م شارك فيها الأطباء والفقهاء وناقشوا الموضوع بكافة جوانبه الطبية والفقهية، وحددوا مراحل المرض وتوصلوا إلى قرار حول الحكم الشرعي للمصاب بمرض داء السكّري وحالاته المختلفة من ناحية وجوب الصوم عليه أو جواز الإفطار له.

وها هي خلاصة ما جاء في بيان المنظمة عن مرض السكّري ومراحله المختلفة وحكم كل مرحلة أو حالة منه واختلاف الحكم الشرعي باختلاف الحالات:

مرض السكري

تعريف موجز لمرض السكري وأنواعه:

ينتج مرض السكري عن فقدان هورمون الأنسولين الذي تفرزه خلايا خاصة (خلايا ـ ب) في البنكرياس أو عن قلة كمية هذا الهرمون أو قلة استجابة خلايا الجسم له في كثير من الحالات.

وهرمون الأنسولين له فاعلية أساسية في عمليات الاستقلاب والتعامل مع الغذاء بشكل عام ومع السكر بشكل خاص لإنتاج الطاقة اللازمة للجسم ولبناء الأنسجة المختلفة، ويؤدي فقدانه الكمي أو النوعي إلى تراكم السكر في الدم بدرجات لم تتعود عليها أنسجة الجسم مما يتقلب في إناث اختلالات عديدة قد تظهر على المدى القريب أو البعيد.

ويندرج تحت ما يسمى بمرض السكري عدة أنواع تختلف عن بعضها البعض اختلافاً كثيراً في الأسباب وطرق العلاج، ونورد فيما يلي أنواع هذا المرض كما هو متفق عليه من تسميات وتصنيفات لدى المؤسسات الطبية العالمية المتخصصة في مرض السكري:

١ ـ السكري من النوع الأول (Diabetes Mellitus Type 1).

٢ ـ السكري من النوع الأول (Diabetes Mellitus Type 2).

٣ ـ سكري الحمل (Gestational Diabetes).

٤ ـ أنواع أخرى:

أ) السكري الناتج عن بعض أمراض البنكرياس.

ب) السكري الناتج عن اختلالات هرمونية وخصوصاً في الغدد النخامية والكظرية وخلايا (١) في البنكرياس.

ج) السكري الناتج عن بعض الأدوية.

د) أنواع أخرى نادرة.

إن المرضى المصابين بداء السكري يصنفهم الأطباء المتخصصون إلى الأقسام الأربعة التالية:

(١) المرضى ذوو الاحتمالات الكبيرة جداً للمضاعفات الخطيرة بصورة مؤكدة طبياً وتتميز أوضاعهم المرضية بحالة أو أكثر مما يأتي:

- حدوث هبوط السكر الشديد خلال الأشهر الثلاثة التي سبقت شهر رمضان.
- المرضى الذين يتكرر لديهم هبوط وارتفاع السكر بالدم.
- المرضى المصابون بحالة (فقدان الإحساس بهبوط السكر)، وهي حالة تصيب بعض مرضى السكري، وخصوصاً من النوع الأول، الذين تتكرر لديهم حالات هبوط السكر الشديد ولفترات طويلة.
- المرضى المعروفون بصعوبة السيطرة على السكري لفترات طويلة.
- حدوث مضاعفة (الحماض السكري الكيتوني) أو مضاعفة (الغيبوبة السكرية الأسمولية) خلال الشهور الثلاثة التي سبقت شهر رمضان.
- السكري من النوع الأول.
- الأمراض الحادة الأخرى المرافقة للسكري.
- مرضى السكري الذين يمارسون مضطرين لأعمال بدنية عنيفة.
- مرضى السكري الذين يجري لهم غسيل كلى.
- المرأة المصابة بالسكري أثناء الحمل.

(٢) المرضى ذوو الاحتمالات الكبيرة نسبياً للمضاعفات نتيجة الصيام والتي يغلب على ظن الأطباء وقوعها وتتميز أوضاعهم المرضية بحالة أو أكثر مما يأتي:

- الذين يعانون من ارتفاع السكر في الدم كأن يكون المعدل ١٨٠ ـ ٣٠٠ مغم/دسل، «١٠ملم ـ ٥. ١٦ ملم) ونسبة الهيموغلوبين المتراكم (المتسكر) التي تتجاوز ١٠٪.
- المصابون بقصور كلوي.
- المصابون باعتلال الشرايين الكبير (كأمراض القلب والشرايين).
- الذين يسكنون بمفردهم والذين يعالجون بواسطة حقن الأنسولين أو العقارات الخافضة.
- الذين يعانون من أمراض أخرى تضيف أخطاراً إضافية عليهم.
- كبار السن المصابون بأمراض أخرى مثل السرطان.
- المرضى الذين يتلقون علاجات تؤثر على العقل.

(٣) المرضى ذوو الاحتمالات المتوسطة للتعرض للمضاعفات نتيجة الصيام ويشمل ذلك مرضى السكري ذوي الحالات المستقرة والمسيطر عليها بالعلاجات المناسبة الخافضة للسكر التي تحفز خلايا البنكرياس المنتجة للأنسولين.

(٤) المرضى ذوو الاحتمالات المنخفضة للتعرض للمضاعفات نتيجة الصيام ويشمل ذلك مرضى السكري ذوي الحالات المستقرة والمسيطر عليها بمجرد الحمية أو بتناول العلاجات الخالصة للسكر التي لا تحفز خلايا البنكرياس للأنسولين بل تزيد فاعلية الأنسولين الموجود لديهم.

وبعد دراسة هذه الحالات من المرض أو الأقسام الأربعة من المرضى ومناقشتها بين الفقهاء والأطباء وملاحظة الفروق الدقيقة بينها خلال الندوة الخاصة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بدولة الكويت في عام ٢٠٠٧ عن هذا الموضوع توصل المشاركون إلى قرار عن الحكم الشرعي لقيام المصاب بمرض السكري بالصيام أو تركه وتأجيله لأيام أخر وهذا نص القرار الذي اتخذته الندوة.

١، ٢ ـ مجموعة الحالات الأولى والثانية:

هذه الحالات مبنية على التأكد من حصول الضرر البالغ أو غلبة الظن بحصوله بحسب ما يقدره الطبيب الثقة المختص فيتعين شرعاً على المريض الذي تنطبق عليه إحدى الحالات الواردة فيهما أن يفطر، درءاً للضرر عن نفسه، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [سورة البقرة: ١٩٥] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [سورة النساء: ٢٩] كما يتعين على الطبيب المعالج أن يبين لهم خطورة الصيام عليهم، والاحتمالات الكبيرة لإصابتهم بمضاعفات قد تكون ـ في غالب الظن ـ خطيرة على صحتهم وحياتهم.

وعلى الطبيب أن يستنفد الإجراءات الطبية المناسبة التي تمكن المريض من الصوم.

٣، ٤ ـ مجموعة الحالات الثالثة والرابعة:

لا يجوز لهم الإفطار لأن المعطيات الطبية لا تتميز إلى احتمال مضاعفات ضارة بصحتهم وحياتهم بل إن الكثير منهم قد يستفيدون من الصيام.

وعلى الطبيب الالتزام بهذا الحكم وأن يقدر العلاج المناسب لكل حالة على حدة.

كما أصدرت الندوة مجموعة من التوصيات العامة أكدت فيها على مسؤولية كل من الأطباء والفقهاء ودورهم الأساسي في إرشاد المرضى وتوعية عامة الناس وهذا نصها:

توصيات عامة:

١) الأطباء مطالبون بالإحاطة بقدر مقبول من معرفة الأحكام الشرعية المتعلقة بهذا الموضوع ليستعينوا بها في معالجتهم وإرشادهم لمرضاهم وهذا يقتضي إعداد هذه المعلومات من الجهات ذات الصلة وتعميمها على المعنيين بها.

٢) للفقهاء دور بالغ التأثير في تعريف الأطباء بالأحكام الفقهية المتعلقة بالصيام، وبالعبادات بشكل عام في حالات الصحة والمرض.

٣) الفقهاء والدعاة مطالبون بإرشاد المرضى الذين يتوجهون إليهم طالبين الرأي الشرعي، بضرورة استشارة أطبائهم المعالجين الذين يتفهمون الصيام بأبعاده الطبية والدينية، ويتقون الله لدى إصدار النصح الخاص لكل حالة بما يناسبها.

٤) نظراً للأخطار الحقيقية الكبيرة الناتجة عن مضاعفات مرض السكري على صحة المرضى وحياتهم، وما يترتب على ذلك من أضرار صحية ومادية على الأسرة والمجتمع والدولة فإنه يجب اتباع جميع الوسائل الممكنة للإرشاد والتثقيف بما فيها خطب المساجد ووسائل الإعلام المختلفة لتوعية المرضى بالأحكام السابقة.

٥) ضرورة تنظيم ندوات مشتركة بين الفقهاء والأطباء في شتى البلاد الإسلامية للتعريف بالفقه الطبي وبخاصة ما يتعلق بهذا الموضوع.

٦) أن تتولى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالتعاون مع مجمع الفقه الإسلامي الدولي إصدار كتيب إرشادي حول هذا الموضوع باللغة العربية وغيرها والعمل على نشره بين الأطباء والفقهاء، وعرض مادته العلمية على صفحة الإنترنت ليطلع عليه المرضى للاستفادة منه.

٧) على الأطباء أخذ الحيطة الشديدة نحو مرضاهم سواء بالسكري أو غيره بالقيام بالتحاليل والتقييمات اللازمة قبل دخول شهر رمضان بوقت كاف للتأكد من قراراتهم حول الصيام من عدمه.

٨) التوصية إلى وزارات الصحة بالدول الإسلامية بتفعيل البرامج الوطنية في مجال الوقاية والمعالجة والتوعية بمرض السكري.

٩) ضرورة متابعة الإنجازات العلمية في معالجة مرض السكري وبخاصة زرع الخلايا المنتجة للأنسولين، واستعمال المضخات المتطورة والتي قد يؤثر تأمينها على الرأي الطبي والحكم الشرعي، وفقاً لقدرات المرضى وظروفهم.

الصيام ومرضى السكري

ولعله يكون مناسباً أن أنقل هنا تجربة الدكتور رياض سليماني وزملائه حول الصيام ومرضى السكري:

أجرى الدكتور رياض سليماني وزملاؤه ـ كلية الطب بمستشفى الملك خالد الجامعي ـ دراسة على تأثير صيام رمضان على التحكم في مرض السكري، عند ٤٧ من مرضى النوع الثاني[١]، وعند مجموعة من الأشخاص الذين لا يعانون من هذا المرض، وتم تحديد وزن الجسم، والبروتين السكري، وخضاب الدم السكري، قبل رمضان وفور انتهائه، عند كل من المجموعتين.

وتم قياس البروتين السكري، (Glycosylated Protein) عند ٩ من مرضى السكري، وقد لوحظ أنه لم يطرأ أي تغير على الوزن عند هؤلاء المرضى إذ كان قبل رمضان (75.2 + 12.8) مقابل، (75.1 + 12.4) كلجم بعده، كما لم يطرأ تغير على خضاب الدم السكري، (Glycosylated Hemoglobin) إذ كان قبل رمضان (10.9 + 3.1) في مقابل (10.5 + 2.8) مجم/١٠٠ مل بعده، ولم يطرأ تغير على البروتين السكري (Glycosylated Protein) حيث كان (1.19 + 0.35) مقابل (1.17 + 0.39)، ملجم/١٠٠ مل، (بعد) انتهاء صيام رمضان.

أما في المجموعة التي لا يعاني أفرادها من مرض السكري، فقد لوحظ انخفاض هام في الوزن خلال الصيام (74.2 + 10.4) كلجم، مقابل (725 + 10.2) كلجم، بيد أنه لم يسجل أي تغيير يذكر في خضاب الدم السكري (Glycosylated Hemoglobin).

واستنتج الباحثون من ذلك أن صيام شهر رمضان لا يسبب أي

(١) هو النوع الذي لا يعتمد المريض فيه على تناول دواء الأنسولين.

فقدان هام في وزن الجسم، وليس له أي أثر يذكر على التحكم في مرض السكري لدى مرضى النوع الثاني.

كما قام الدكتور ألفونشو (Olufonsho) وزملاؤه بكلية الطب بمستشفى الملك خالد الجامعي بالرياض، بتوزيع استبيان على ٢٠٣ من مرضى السكري، (٨٩ من الذكور و١١٤ من الإناث) وذلك لتقويم مفاهيمهم، ومواقفهم، وممارساتهم، خلال صيامهم شهر رمضان.

وتراوحت أعمار هؤلاء المرضى بين ١٤ و١٨ عاماً.

وقد قام أكثر هؤلاء (٨٩٪) بصيام رمضان، وكان أقل نسبة للصيام (٧٢٪) عند من هم دون سن الخامسة والعشرين، اعترف ١٢٪ فقط بأنهم يتناولون قدراً أكبر من الطعام في رمضان، بينما ذكر عدد أكبر منهم ١٢٪ أنهم يستهلكون قدراً أكبر من الحلويات، وذكر أكثر من الثلث (٣٧٪) أن نشاطهم الجسمي يقل في رمضان، كما أن ضَعْفَ هذا النشاط كان أكثر شيوعاً لدى أولئك الذين لم يصوموا رمضان (٦١٪) منه لدى الذين صاموه، (٣٥٪)، وأعرب عدد كبير (٥٩٪) أنهم شعروا بتحسن صحتهم خلال شهر رمضان، ولم يتردد على المستشفيات في حالات طارئة، سوى (٥، ٦٪) منهم، في حين لم تتجاوز نسبة من دخلوا المستشفى بسبب مرض السكري (٥٪).

أما بالنسبة للأشخاص الذين لم يصوموا، فقد كانت هذه النتائج أقل إيجابية، إذ أعرب (١٠٪) منهم فقط عن تحسن الصحة، فيما ارتفعت المراجعات الطارئة للمستشفى (١٥٪) وبلغت حالات دخول المستشفى (١٥٪).

وكان هناك اعتقاد سائد لدى (٧٥٪) من المرضى بأن صيام شهر رمضان يؤدي إلى تحسن الصحة، وكان هذا الشعور قوياً لدى المرضى الذين صاموا الشهر (٨٠٪) مقابل المرضى الذين أفطره (٢٦٪).

وقد أظهرت الدراسة أن معظم مرضى السكري، يفضلون صيام شهر رمضان، وأنهم يعتقدون أن لذلك أثراً إيجابياً على مرضهم.

وقد أثبت باربر (Barber SG) وزملاؤه سنة ١٩٧٩م في برمنجهام، أن هناك تغيراً قليلاً في تحكم مرض السكري عند المسلمين الصائمين، وأن عدد المرضى المراجعين لعيادات السكر قد تناقص، ولا توجد زيادة في معدل احتجاز مرضى السكري المرتفع وغير المتحكم فيه، داخل المستشفى خلال شهر رمضان.

وقد قام خوقير وزملاؤه سنة ١٩٨٧م بدراسة شملت ٥٢ مريضاً من مرضى السكري، ٢٠ منهم يعتمدون على الأنسولين في العلاج، و٣٢ منهم لا يعتمدون على الأنسولين، وقد وجد أن ١٥ مريضاً من الذين لا يعتمدون على الأنسولين قلّ وزنهم وانخفضت مستويات السكر (Glucose Levels) لديهم بعد الصيام، عنه قبل أن يصوموا.

كما قلت جرعة الأنسولين بنسبة ١٠٪ عن المعتاد عند المجموعة التي تعتمد على الأنسولين في العلاج، وقل وزن سبعة منهم، بينما ارتفع معدل السكر عند باقي المجموعة، لذلك نصح الباحثون بعناية خاصة لهؤلاء المرضى، إذا أرادوا أن يصوموا كل أيام شهر رمضان، ولا حرج عليهم بعد ذلك.

أما مرضى السكري الذين ينصحون بعدم الصيام فقد حددتهم دراسة التقويم الشامل الذي أجراه الدكتور سليماني وزملاؤه عن مرضى السكري وصيام رمضان سنة ١٩٨٨م وهم كالتالي:

١ ـ المرضى المعرضون لزيادة الأجسام الكيتونية في دمائهم (Prone to Ketosis).

٢ ـ المرضى الذين يعانون من تأرجح كبير وسرعة تغير في مستوى الجلوكوز لديهم.

٣ ـ الحوامل.

٤ ـ الأطفال الصغار المصابون بمرض السكري.

٥ ـ مرضى السكري الذين يعانون من مضاعفات مرضية خطيرة مثل الفشل الكلوي أو الذبحة الصدرية.

٦ - مرضى السكري الذين يعانون من أمراض خطيرة مثل التسمم الدموي الشديد، (Sever Sepsis) أو فشل القلب الاحتقاني (Congestive Heart Failure)[١].

هاتان الدراستان تؤكدان أن الإصابة بمرض السكري لا تكون على درجة واحدة بل إنها تكون بمراحل مختلفة فبينما يشكل الصوم أو الامتناع عن الأكل طوال النهار خطورة للمرضى المصابين بالمرحلة الأولى والثانية يكون الصوم نافعاً للمصابين في المرحلة الثالثة أو الرابعة كما يظهر من تقرير المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.

وتؤكد نتيجة الدراسات والتجارب التي أجراها الدكتور رياض السليماني وزملاؤه أن الصوم يشكل خطورة للمصابين الذين يعانون من زيادة الأجسام الكيتونية في دمائهم، وسرعة التأرجح في مستوى الجلوكوز لديهم، أو الحوامل أو الذين يعانون من الفشل الكلوي أو الذبحه الصدرية، أو الذين يكون عندهم التسمم الدموي الشديد فهؤلاء يجوز لهم ترك الصوم وتأجيله.

أما غير هؤلاء فإن الصوم يترك أثراً إيجابياً على أوضاعهم الصحية فلا مبرر لهم أن يتركوا الصوم في رمضان لأن الصوم يساعدهم في التغلب على المرض.

* * *

(١) فقه الصوم. د. سيد حسين العفاني ٢/٨٣٧ - ٨٣٩.

المحور الثاني

الأمراض المبيحة للفطر وضوابط الرخصة عند الفقهاء

«المرض» في اللغة نقيض الصحة، قال ابن الأعرابي: أصل المرض: النقصان. ويقول ابن فارس: المرض كل ما خرج بالكائن الحي عن حد الصحة والاعتدال من علة أو نفاق، أو تقصير في أمر[(١)] ومنه قوله تعالى: ﴿فِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ﴾[(٢)].

وقال الفيروزآبادي: المرض فساد الطبيعة واضطرابها بعد صفائها واعتدالها.

وفي الاصطلاح: حالة غير طبيعة في بدن الإنسان تكون بسببها الأفعال الطبيعية والنفسانية والحيوانية غير سليمة.

وقيل: المرض ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص[(٣)].

والجنون نوع من المرض وهو قد يكون مطبقاً، وقد يكون غير مطبق، ولكل من المطبق وغير المطبق أحكامه فالمطبق مسقط لكل العبادات لمنافاته القدرة التي يتمكن بها الإنسان من إنشائها على النهج الذي اعتبره الشارع.

وبانتفاء القدرة ينتفي وجوب الأداء فينتفي بذلك نفس الوجوب بغض النظر عن كونه وجوب فعل أو وجوب ترك[(٤)].

وبناءً على هذا لا يجب على المجنون سواء كان جنونه مطبقاً أو غير مطبق ـ صلاة ولا صوم ولا حج، ولا يلزمه نذر ولا كفارة يمين ولا إقرار ونحو ذلك ـ

---

(١) مختار الصحاح ص: ٦٢١، لسان العرب ٢٣١/٧ ـ ٢٣٢.
(٢) الجامع لأحكام القرآن ١٣٨/١.
(٣) التعريفات للجرجاني، قواعد الفقه للبركتي.
(٤) التوضيح على التنقيح ١٦١/٣ ـ ١٦٣.

وهو مبطل للعقود سواء كانت عقود معاوضة أو عقود تبرع، ومسقط للعقوبات البدنية مهما كان سببها ولكن تثبت في ماله المغارم ضماناً لما يتلفه أو جبراً لما يرتكبه(١).

إن أحوال الإنسان دائرة بين حالتي الصحة والمرض وذلك من خلال الأعراض التي تظهر عليه، فيفقد الإنسان جزئياً أو كلياً قدرته في التصرف أثناء إصابته بالمرض.

والمرض ابتلاء من الله سبحانه فإذا مرض الإنسان أبيح له التداوي، بل حث الشرع على ذلك مع التأكيد على أن الأدوية من الأسباب الظاهرة وعلى المسلم أن لا يترك طرق المعالجة والمداواة إذا أصيب بمرض مع الاعتقاد الجازم بأن الشفاء بيد الله سبحانه وتعالى وحده، وهو الذي أنزل لكل داء دواء.

ومن المعروف أن التكليفات الشرعية منوطة بالقدرة على الأداء فكلما نقصت قدرة الإنسان وضعفت استطاعته قلّت التكليفات وخفّت الأحكام وفتحت على الإنسان أبواب الرخص وذلك صريح نص القرآن الكريم ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦].

ثم إن المرض لا ينافي أهلية الحكم ـ ثبوت الحكم ووجوبه على الإطلاق ـ سواء كان من حقوق الله أو العباد ـ ولا أهلية العبارة أي التصرفات المتعلقة بالحكم ـ إذ لا خلل في الذمة والعقل اللذين هما مناط الأحكام ولهذا صح نكاح المريض وطلاقه وإسلامه وانعقدت تصرفاته كالبيع والشراء وغير ذلك، إلا أنه لما كان فيه نوع من العجز شرعت العبادات فيه على حسب القدرة الممكنة، وأخر ما لا قدرة عليه أو ما فيه حرج(٢).

وفي التوضيح: إن «المرض» حالة للبدن يزول بها اعتدال الطبيعة وهو لا ينافي أهلية وجوب الحكم أي لا يخرج به المكلف عن دائرة

---

(١) التوضيح على التنقيح ٣/١٦١ ـ ١٦٣.

(٢) فواتح الرحموت ١/١٧٤.

التكليف، ولكنه يكون سبباً في التخفيف والترخيص[1].

وإن من أهم أنواع الرخص التي يحصل عليها الإنسان بسبب المرض:

١) إباحة التيمم عند الخوف على النفس أو على العضو، أو خشية زيادة المرض أو تأخر البرء.

٢) القعود في صلاة الفرض، وخطبة الجمعة، والاضطجاع في الصلاة، والاكتفاء بالإيماء فيها في حالة العجز عن القعود.

٣) إجازة التخلف عن الجماعة مع حصول الفضيلة لقوله ﷺ:

«إذا مرض العبد أو سافر كتب له مثل ما كان يعمل مقيماً صحيحاً»[2].

٤) إباحة الفطر في رمضان مع القضاء في حالة الصحة عملاً بقول الله عز وجل: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤].

٥) الانتقال من الصوم إلى الإطعام في كفارتي الظهار والفطر المتعمد في رمضان.

إضافة إلى جواز:

- الخروج من مكان الاعتكاف.
- التخلف عن الجهاد في سبيل الله.
- إباحة محظورات الإحرام مع جبرها بالفدية.
- إباحة التداوي بالنجاسات وبالخمر على الرأي المشهور عند الفقهاء.
- إباحة كشف عورة المريض وسوأتيه عند الطبيب، والإباحة للطبيب أن ينظر إليها من أجل العلاج.

---

(١) التوضيح على التنقيح مع التلويح ١٨٣/٣.

(٢) رواه البخاري، فتح الباري ١٣٦/٦.

الجمع بين الصلاتين عند من يرى ذلك.

تقتضي الآيات والأحاديث وروح الشريعة ما ذهب إليه الفقهاء بأن المريض إذا خشي على نفسه من الإتيان بالمطلوبات الشرعية ـ كما وجبت ـ ألماً شديداً أو زيادة مرض أو تأخر برء، أو فساد عضو، أو حصول تشويه فيه، فإنه يعدل إلى الأحكام المخففة[1].

يشترك في هذه الأحكام الجزئية وما شابه ذلك المرضى العاديون المصابون بأمراض يرجى الشفاء منها وغير العاديين المصابون بأمراض لا يرجى الشفاء منها في قريب عاجل.

وكذلك المرضى الذين يعانون من أمراض مستديمة كسلس البول، والمذي، والريح، والرعاف، والنزف، والاستحاضة، والفالج، والشلل، وكبر السن، والعجز ونحوها نسأل الله السلامة منها.

إن المرضى حسب درجات أمراضهم يستفيدون من الرخص وفق طبيعة المرض ونوع العجز الحاصل منه إلى درجة إسقاط التكليف بالعبادة تماماً كسقوط الجهاد عن الهرم والمشلول وسقوط الصوم ـ أداء وقضاء ـ عن المصاب بمرض مزمن يمنعه منه.

أما الصلاة، فالقاعدة الفقهية المعمول بها: أن كل واحد يصلّي على حسب حاله. عملاً بقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦].

أما بخصوص الصيام فهناك نص قاطع بأن المريض مرخص بترحيل صيام رمضان المفروضة لأيّام أخر يقول الله عز وجل: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤].

ثم إذا زاد المرض أو لزم الضعف ولا ترجى عودة القوة إليه أو قدرة الصيام إلى الجسم فله أن يترك الصوم ويؤدي الفدية بدلاً عنه. ﴿وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾ [البقرة: ١٨٤].

(١) قواعد الأحكام ١٠/٢، الفروق ١١٨/١.

وقد أجمع الفقهاء على أن المرض نوعان:

- مرض يضره الصوم (أي يزيد المرض بسببه).
- ومرض لا يضره الصوم (أي لا يزيد المرض بالصيام).

فإذا كان المرض من النوع الذي لا يضر فيه الصوم فلا يجوز له الإفطار، أو تناول الأغذية أو الأدوية المفطرة أثناء النهار.

لكن إذا كان المرض من النوع الآخر فمن حق المريض أن يفطر، فإذا زال المرض، عليه أن يقضي ما تركه من أيام رمضان من غير الصيام.

يقول الإمام أبو بكر الجصاص الرازي: «ظاهره يقتضي جواز الإفطار لمن لحقه (اسم المريض) سواء كان الصوم يضره أو لا، إلا أننا لا نعلم خلافاً في أن المريض الذي لا يضره الصوم غير مرخص له في الإفطار.

قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله: إذا خاف أن تزداد عليه وجعاً أو حمّاه شدة أفطر.

وقال مالك في الموطأ: من أجهده الصوم أفطر وقضى ولا كفارة عليه، والذي سمعته أن المريض إذا أصابه المرض شق عليه فيه الصيام فيبلغ منه ذلك فله أن يفطر ويقضي.

قال مالك: وأهل العلم يرون على الحامل إذا اشتد عليها الصيام الفطر والقضاء، ويرون ذلك مرضاً من الأمراض.

وقال الأوزاعي: أي مرض إذا مرض الرجل فإن لم يطق أفطر فأما إذا أطاق ـ وإن شق عليه ـ فلا يفطر.

وقال الشافعي رحمه الله: إذا ازداد مرض المريض شدة وزيادة بينة أفطر وإن كانت زيادة محتملة لم يفطر.

فثبت باتفاق الفقهاء أن الرخصة في الإفطار للمريض موقوفة على

زيادة المرض بالصوم، وأنه ما لم يخش الضرر فعليه أن يصوم[1].

ويقول ابن قدامة في المغني: «والمرض المبيح للفطر هو الذي يزيد بالصوم أو يخشى تباطؤ برئه، وقيل لأحمد: متى يفطر المريض؟ قال: إذا لم يستطع. قيل: مثل الحمّى؟ قال: وأي مرض أشد من الحمّى.

وحكى عنه بعض السلف أنه أباح الفطر بكل مرض حتى من وجع الإصبع والضرس لعموم الآية، ولأن المسافر يباح له الفطر من غير حاجة إليه فكذلك المريض».

ولنا أنه شاهد للشهر ولا يؤذيه الصوم فلزمه كالصحيح، والآية مخصوصة في المسافر والمريض جميعاً (فلا يفطر كل مسافر ولا كل مريض) بدليل أن المسافر لا يباح له الفطر في السفر القصير (لأنه لا يسمى مسافراً عرفاً وإن كان مسافراً لغة) وكذلك لا يسمى مريضاً إلا بمرض ظاهر ضرره فمن به وجع الضرس أو جرح في الإصبع لا يسمى مريضاً عُرفاً، وإن كان مريضاً لغة وطباً.

وينبغي أن يلاحظ الفرق الدقيق بين المسافر والمريض فإن السفر اعتبرت فيه المظنة، وهو السفر الطويل حيث لم يكن اعتبار الحكمة بنفسها، فإن قليل المشقة لا يبيح وكثيرها لا ضابط له في نفسه فاعتبرت بمظنتها فدار الحكم معها وجوداً وعدماً.

والمرض لا ضابط له، فإن الأمراض تختلف، منها ما يضر صاحبه الصوم، ومنها ما لا أثر للصوم فيه كوجع الضرس وجرح الإصبع والدمل والجرب وأشباه ذلك (ومنها ما ينفعه الصوم كاستطلاق البطن ونحوه) فلم يصلح المرض ضابطاً وأمكن اعتبار الحكمة وهو ما يخاف منه الضرر فوجب اعتباره بذلك.

فإن تحمل المريض وصام مع هذا فقد فعل مكروهاً لما يتضمنه من الإضرار بنفسه، وتركه تخفيف الله وقبول رخصته، ويصح صومه

(١) أحكام القرآن للجصاص ١٧٤/١.

ويجزئه لأنه عزيمة أبيح تركها رخصة[1].

ويقول الإمام أبو بكر ابن العربي: «للمريض ثلاثة أحوال: أحدها: أن لا يطيق الصوم بحال فعليه الفطر واجباً.

الثاني: أن يقدر على الصوم بضرر ومشقة فهذا يستحب له الفطر ولا يصوم إلا جاهل.

الثالث: ما روى أبو حسان صهيب بن سليم قال: سمعت محمد بن إسماعيل البخاري يقول: «اعتللت بنيسابور علة خفيفة ـ وذلك في شهر رمضان ـ فعادني إسحاق بن راهويه في نفر من أصحابه، فقال لي: أفطرت يا أبا عبد الله؟ فقلت: نعم. فقال: خشيت أن تضعف عن قبول الرخصة.

قلت: أنبأ عبدان عن ابن المبارك عن ابن جريج قال: قلت لعطاء: من أي المرض أفطر؟ قال: من أي مرض كان، كما قال الله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا﴾ قال البخاري: لم يكن هذا الحديث عند إسحاق»[2].

يقول العلامة التهانوي: قلت: معنى قول عطاء: «من أي مرض كان» أن الرخصة لا تختص بمرض دون مرض بل هي تعم الأمراض كلها ولا نزاع فيه وليس معناه كونها مطلقة عن قيد التضرر بالصوم، ألا ترى أن الله تعالى قال بعد ذلك: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ فبين أن مبني الرخصة على إزالة العسر، ولا يخفى أن بعض الأمراض لا يتعسر فيه الصوم فلا تشمله الرخصة.

ولو كان عطاء قد ذهب إلى ما فهمه البخاري من قوله فهو مما قد هجره الفقهاء قاطبة.

---

(١) المغني ١٦/٣ ـ ١٧.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ٣٣/١ باختصار.

وأجمعوا أن المريض الذي لا يضره الصوم غير مرخص له في الإفطار[1].

فاتفق كلام الفقهاء على أن المرض من مبيحات الإفطار في الجملة والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤].

وكما يقول الإمام الكاساني: مطلق المرض ليس بسبب للرخصة، لأن الرخصة بسبب المرض، والسفر، لمعنى المشقة بالصوم تيسيراً لهما (المريض والمسافر) وتخفيفا عليهما.

ومن الأمراض ما ينفعه الصوم ويخففه، ويكون الصوم على المريض أسهل من الأكل بل الأكل يضره ويشتد عليه، «ومن التعبد الترخص بما يسهل المريض تحصيله والتضييق بما يشتد عليه»[2].

فالمريض الذي يخاف زيادة مرضه بالصوم أو إبطاء البرء أو فساد عضو له أن يفطر بل يسن فطره ويكره إتمامه لأنه قد يفضي إلى الهلاك فيجب الاحتراز عنه[3].

ويرى جميع الفقهاء أن المريض له أحكام مخففة في الشرع فيسقط عن المريض بعض الأعمال وتنخفض بعض أخرى.

يقول الإمام أحمد رحمه الله: إذا كان قيام المريض يوهنه ويضعفه صلّى قاعداً[4].

ويقول الفقهاء: إن المريض إذا خشي من الإتيان بالمطلوبات الشرعية على وجهها ضرراً من ألم شديد أو زيادة مرض أو تأخر برء، أو فساد عضو، أو حصول تشويه فيه فإنه يعدل إلى الأحكام المخففة[5].

---

(١) أحكام القرآن للتهانوي ١٨٧/١.
(٢) بدائع الصنائع ١٤٢/٢.
(٣) حاشية القليوبي على شرح المحلي ٨٣/١، كشاف القناع ٣١٠/٢، مراقي الفلاح ص ـ ٣٧٣، رد المحتار ٢١١٦.
(٤) النكت على المحرر ١٢٥/١.
(٥) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٢/٢.

ففي حديث عمران بن حصين رضي الله عنه قال: كانت لي بواسير فسألت النبي ﷺ عن الصلاة فقال: «صل قائما فإن لم تستطع فقاعداً فإن لم تستطع فعلى جنبك فإن لم تستطع فمستلقياً لا يكلف الله نفساً إلا وسعها»[1].

قال في المبدع: لو خاف تلفاً بصومه كره، وجزم جماعة بأنه يحرم. ولم يذكروا خلافاً في الإجزاء[2].

ويقول ابن جزيّ من المالكية: أحوال المريض بالنسبة إلى الصوم ثلاثة:

الأولى: أن لا يقدر على الصوم، أو يخاف الهلاك من المرض، أو الضعف إن صام، فالفطر عليه واجب.

الثانية: أن يقدر على الصوم بمشقة فالفطر له جائز، وقال ابن العربي: مستحب.

الثالثة: أن يقدر بمشقة ويخاف زيادة المرض ففي وجوب فطره قولان.

الرابعة: أن لا يشق عليه، ولا يخاف زيادة المرض فلا يفطر عند الجمهور خلافاً لابن سيرين[3].

وفي فتاوى قاضيخان عند الحنفية: كل من لا يقدر على أداء ركن إلا بحدث، يسقط عنه ذلك الركن، ومن ابتلي بين أن يؤدي بعض الأركان مع الحدث أو بدون القراءة، وبين أن يصلي بالإيماء تتعين عليه الصلاة بالإيماء لا يجزيه إلا ذلك لأن الصلاة بالإيماء أهون من الصلاة مع الحدث أو بدون القراءة لأن الأول يجوز حالة الاختيار وهو التطوع

---

(١) كشاف القناع ٥٨٨/١، فتح القدير ٧٩/٢، فتح الباري ١٧٩/٨.
(٢) المغني ١٧/٣، كشاف القناع ٣١٠/٢.
(٣) القوانين الفقهية ص ـ ٨٢.

على الدابة، والصلاة مع الحدث أو بدون القراءة لا يجوز إلا بعذر، والمبتلى بين الشرين يتعين عليه أهونهما[(١)].

وكذلك الحكم في المذاهب الأخرى، مثل الإمامية والزيدية والإباضية فقد نص الفقهاء الإماميون: ومن الأعذار المبيحة للفطر المرض إذا كان يخاف الزيادة بالصوم ويبني في ذلك على ما يعلمه من نفسه أو بظنه لأمارة كقول الطبيب العارف، ولو صام مع تحقق الضرر متكلفا قضاه[(٢)].

وفي المذهب الإباضي: يباح الإفطار لمريض عجز عن أكل مبلع ليلاً غير مطيق بذلك العجز صوماً، وقيل إن كان لا يشتهي طعاما وعجز عن الصوم، ويباح الإفطار لكبير لا يطيق صوماً أن يفطر ولا يقضي كمريض لا يرجى برؤه[(٣)].

وفي المذهب الزيدي: يرخص في الافطار لثلاثة أمور ثالثها:

خشية الضرر من الصوم وذلك كالمريض يخشى إن صام حدوث علّة أو زيادة فيها[(٤)].

ثم إن شدة المرض تجيز الفطر للمريض، أما الصحيح إذا خاف الشدة والتعب فإنه لا يجوز له الفطر إذا حصل له بالصوم مجرد شدة تعب. هذا هو المشهور عند المالكية وإن قيل بجواز فطره.

وقال الحنفية: إذا خاف الصحيح المرض بغلبة الظن فله الفطر، فإن خافه بمجرد الوهم فليس له الفطر.

وقال المالكية: إذا خاف حصول أصل المرض بصومه، فإنه لا يجوز له الفطر ـ على المشهور ـ إذ لعله لا ينزل به المرض إذا صام.

---

(١) قاضيخان ١٧٢/١ ـ ١٧٣.

(٢) شرائع الإسلام ١٠٧/١.

(٣) شرح النيل ٢٠٦/٢.

(٤) شرح الأزهار ١٦/٢.

وقيل: يجوز له الفطر. فإن خاف كل من المريض والصحيح الهلاك على نفسه بصومه وجب الفطر.

وكذا لو خاف أذى شديداً كتعطيل منفعة من سمع أو بصر أو غيرهما لأن حفظ النفس والمنافع واجب وهذا بخلاف الجهد الشديد فإنه يبيح الفطر للمريض، قيل: والصحيح أيضاً[1].

الحامل والمرضع إذا خافتا على أنفسهما أفطرتا وقضتا ولا فدية عليهما كالمريض الخائف على النفس، وهذا لا خلاف فيه[2].

وأما إذا خافتا على الجنين والرضيع فاتفقوا على الإفطار لهما حالاً واختلفوا مآلاً على أربعة مذاهب فقال أبو حنيفة وأصحابه:

تقضيان فحسب، وإليه ذهب الأوزاعي والثوري وأبو عبيد وأبو ثور، وهو مذهب عطاء والحسن والزهري وربيعة والنخعي والضحاك وسعيد بن جبير.

وقال الشافعي وأحمد: تقضيان وتفديان وإليه ذهب مالك في رواية.

وقال الليث ومالك في رواية: الحامل تقضي ولا تفدي، والمرضع تقضي وتفدي.

وقال إسحاق: تطعمان ولا تقضيان.

ويقول الشافعية: إن المريض ـ وإن تعدى بفعل ما أمرضه ـ يباح له ترك الصوم إذا وجد به ضرراً شديداً، ولكنهم شرطوا لجواز فطره نية الترخص ـ كما قال الرملي واعتمده ـ وفرقوا بين المرض المطبق وبين المرض المتقطع فإن كان المرض مطبقاً فله ترك النية في الليل، وإن كان يحم وينقطع، نظر فإن كان محموماً وقت الشروع في الصوم فله ترك النية وإلا فعليه أن ينوي من الليل، فإن احتاج إلى الإفطار أفطر.

---

(١) رد المحتار ١١٦/٢، حاشية الدسوقي ٥٣٥/١، جواهر الإكليل ٥٣.

(٢) المغني ٧٧/٣، شرح المهذب ٢٦٨/٦.

ومثل ذلك الحصاد والبناء والحارس ـ ولو متبرعاً ـ فتجب عليهم النية ليلا ثم إن لحقتهم المشقة أفطروا[١].

وقد نص الشافعية على أنه إذا أصبح الصحيح صائماً، ثم مرض، جاز له الفطر بلا خلاف لأنه أبيح له الفطر للضرورة، والضرورة موجودة فجاز له الفطر[٢].

يقول الإمام الشافعي رحمه الله: والحال التي يترك بها الكبير الصوم أن يجهده الجهد غير المحتمل وكذلك المريض والحامل.

ويقول: إن زاد مرض المريض زيادة بينة أفطر، وإن كانت زيادة محتملة لا يفطر[٣].

وخوف الضرر هو المعتبر عند الحنابلة، أما خوف التلف بسبب الصوم فإنه يجعل الصوم مكروهاً وجزم جماعة بحرمته، ولا خلاف في الإجزاء لصدوره من أهله في محله كما لو أتم المسافر[٤].

المشقة المعتبرة والرخصة.

يقول ابن قدامة: إن كثير المشقة لا ضابط له في نفسه، وكذلك المرض لا ضابط له في نفسه ولذلك ينظر إلى الحكمة أحياناً إذا أمكن إدراكها كما في المرض المبيح للفطر في رمضان، فالمشقة التي في المرض لا ضابط لها إذ الأمراض تختلف، منها ما لا يتأثر به الصائم ومنها ما يتأثر به فتعتبر الحكمة وهي المشقة التي يترتب عليها الخوف، إذ لا يمكن إدراكها بنفسها فإن المظنة تقام مقامها[٥].

ويقول الإمام السرخسي: ثم حقيقة المشقة باطن تختلف فيه أحوال الناس وله سبب ظاهر وهو السير المديد، فأقام الشرع هذا السبب

---

(١) روضة الطالبين ٢/٣٦٩، المجموع ٦/٢٥٨.
(٢) المجموع ٦/٢٥٨.
(٣) كتاب الأم ٢/٨٩ طبعة دار المعرفة.
(٤) كشاف القناع ٢/٣١٠.
(٥) المغني ٤/١٤٣.

مقام حقيقة ذلك المعنى وأسقط وجود حقيقة المشقة في حق المقيم لانعدام السبب الظاهر إلا إذا تحققت الضرورة عند خوف الهلاك على نفسه فهذا أمر وراء المشقة وأثبت الحكم عند وجود السبب الظاهر وإن لم تلحقه المشقة حقيقة[1].

ومن الواضح أن أصل التكليف لا يخلو من التعب فلا عبرة بمجرد التعب، يقول الإمام ابن القيم رحمه الله: أما مجرد مشقة التعب فمصالح الدنيا والآخرة كلها منوطة بالتعب ولا راحة لمن لا تعب له بل على قدر التعب تكون الراحة[2].

إن «الرخصة» تيسير من الشارع على المكلّف بالسماح في الانتقال من تكليف أشد إلى تكليف أخف أو في ارتكاب فعل محظور لوجود عذر شرعي يقتضي ذلك فهو تيسير وتسهيل من الشارع ينسجم مع طبيعة الدين الحنيف والشريعة السمحة.

يقول الله عز وجل: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، ويقول سبحانه: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ ۚ وَخُلِقَ ٱلْإِنسَٰنُ ضَعِيفًا ﴿٢٨﴾﴾ [النساء: ٢٨].

ويقول الرسول ﷺ: «إن الله يحب أن تؤتي رخصة كما يكره أن تؤتى معصيته»[3].

والمرض عذر شرعي يبيح للمريض الترخص ببعض الرخص كالفطر في رمضان والتخلف عن صلاة الجماعة والتيمم بدلاً من الوضوء.

فبالمرض يضعف الجسم ويمنع المرض غالباً من القيام بالتكاليف

---

(١) أصول السرخسي ١٤٠/١.
(٢) إعلام الموقعين ١١٢/٢.
(٣) أخرجه أحمد ١٠٨/٢ من حديث ابن عمر وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد ١٦٢/٣ وقال: رجاله رجال الصحيح.

الشرعية كاملة وقد يمنعه عن أدائها منعاً باتاً لما يترتب عليه من مضاعفات.

لكن الإحساس بالمشقة في حالة الإصابة بالمرض يتفاوت من مريض لآخر فلا بد من الرجوع إلى الطبيب الثقة للاستئناس برأيه فيما يعرض على المريض من أحوال قبل الأخذ بالرخصة كما يجب مراعاة الضوابط الخاصة بالترخص.

ومن القواعد الفقهية المعروفة: «الضرورات تقدر بقدرها»[١].

فقد تكون المشقة على المريض عظيمة في أداء ما كلف به شرعاً فيخشى على ذهاب نفسه أو تلف عضوه أو فقد منافعه فيجوز له الأخذ بالرخصة.

وقد تكون المشقة خفيفة كالإحساس بالبرد أو بالحرارة أو الشعور بالصداع والزكام فلا يسمح له بترك ما يجب عليه ولا يلتفت إلى مثل هذه المشقة.

وهناك مشقة متوسطة فإن اقتربت من النوع الأول أوجبت التخفيف، وإن اقتربت من النوع الثاني لم توجب التخفيف، مثل وجع الضرس، والحمى الخفيفة وذلك بحسب ظن الإنسان[٢].

يقول ابن حجر: إن المشقة تختلف باختلاف المكلفين فقد تكون غير معتادة لأكثر الناس وتكون معتادة في بعض الناس[٣].

ويقول ابن عبد البر: وهذا شيء يؤتمن عليه المسلم فإذا بلغ المريض حالاً لا يقدر معها على الصيام أو تيقن زيادة المرض به حتى يخاف عليه جاز الفطر[٤].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١١٦/١.
(٢) نظرية الضرورة الشرعية للزحيلي ص: ٢٠١ ـ ٢٠٢، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ٧/٢، الفروق للقرافي ١١٨/١.
(٣) فتح الباري ١٨/٦.
(٤) شرح الزرقاني على الموطأ ١١١/٢.

فيرخص بالفطر في رمضان للمريض الذي يخشى من الصوم على حياته أو تفاقم علته وكذلك الشيخ الهرم والحامل التي تخشى على جنينها أو على نفسها ضرر الصيام.

إن المرض سبب من أسباب الرخصة وتخفيف التكليف لأنه يضعف البدن عن القيام بما هو المطلوب شرعاً.

فالمريض إما لا يقدر على أداء التكليف أو يؤديها مع تحمل مشقة شديدة ولما كان المرض لا ينافي أهلية الوجوب فيبقى الحكم التكليفي واجباً عليه وإنما يخفف عنه بسبب ضعف القدرة وإصابة المرض.

وقد وردت آيات في القرآن الكريم تدل على رفع الحرج عن المريض في عبادات مختلفة ففي الصيام قوله تعالى: ﴿أَيَّامًا مَّعْدُودَٰتٍۚ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَۚ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍۖ﴾ [البقرة: ١٨٤].

وفي الحج قوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍۚ﴾ [البقرة: ١٩٦].

وفي الطهارة قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰٓ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَلَمْ تَجِدُوا۟ مَآءً فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا طَيِّبًا فَٱمْسَحُوا۟ بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَفُوًّا غَفُورًا ﴿٤٣﴾﴾ [النساء: ٤٣].

وفي سياق الجهاد قوله تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلضُّعَفَآءِ وَلَا عَلَى ٱلْمَرْضَىٰ وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنفِقُونَ حَرَجٌ﴾ [التوبة: ٩١].

في جميع هذه الآيات جعل المرض سبباً للرخصة في أداء الواجب ورفع الحرج.

وقد تبين أن الشرع أباح للمريض أن يستفيد من الرخصة الممنوحة له بسبب العلة القائمة به فيترك الصوم مع شهود الشهر ويؤخره لأيام أخر حيث يقضيه بعد شفائه وبرئه من المرض حيث إن الفقهاء قد قرروا في ضوء النصوص الواضحة من القرآن والسنة أن المريض إذا خشي من الإتيان بالمطلوبات الشرعية على وجهها ضرراً من ألم شديد أو زيادة

مرض أو تأخر برء أو فساد عضو أو حصول تشويه فيه فإنه يعدل إلى الأحكام المخففة(١).

فالمرض المبيح للفطر هو الذي يشق معه الصوم مشقة شديدة أو يخاف الهلاك منه إذا صام، أو يخاف بالصوم زيادة المرض أو بطء البرء وتأخره.

فإن لم تكن المشقة شديدة ولم يتضرر الصائم بالصوم كمن به جرب أو وجع أصبع لم يبح له الفطر.

والصحيح الذي يخاف المرض أو الضعف بغلبة الظن بأمارة أو تجربة أو بإخبار طبيب حاذق مسلم مستور العدالة كالمريض عند الحنفية، والصحيح الذي يظن الهلاك أو الأذى الشديد كالمريض عند المالكية، وليس الصحيح كالمريض عند الشافعية والحنابلة.

وإن غلب على الظن الهلاك بسبب الصوم، أو الضرر الشديد كتعطيل حاسة من الحواس وجب الفطر.

وقد ذكر الدكتور وهبة الزحيلي: أن الأطباء يرون أن الأمراض المبيحة للفطر كثيرة من بينها: مرض القلب الشديد، السل (الدرن) التهابات الرئة، الورم الرئوي، السرطان، التهاب الكبد الحاد، الحصاة في المجاري البولية مع اختلاطات والتهابات، تصلب الشرايين، القرحة، السكري الشديد، مرض الفتق الحجابي، القرحة الاثنى عشرية الأمراض الخبيثة في الجهاز الهضمي، أمراض الكبد المزمنه، حالات الإسهال الشديد، التهاب البنكرياس الحاد، والحصيات المرارية والتهابات أخرى مزمنة(٢).

ومن له نوبة حمّى أو عادة حيض لا بأس بفطره على ظن وجوده، وهل يجب على المريض أن ينوي الترخص بالفطر؟ فيقول جمهور الفقهاء أنه لا يجب، ويرى الشافعية أنه يجب فإن لم ينو يكون آثماً.

---

(١) قواعد الأحكام لابن عبد السلام ١٢/٢، فتح القدير ٧٩/٢، فتح الباري ١٧٩/٨.
(٢) الفقه الإسلامي وأدلته ١٦٩٨/٣.

وإن صام المريض في مرضه، أجزأ صومه لصدوره من أهله في محله كما لو أتم المسافر[١].

وقد صرح الفقهاء أن رجلاً إذا خاف إن صام يزداد عينه وجعاً أو حمّاه شدة فإنه يفطر لأنه سبب الوصول إلى الهلاك وقيل: المرض الذي يبيح الإفطار أن يصير صاحب فراش إن لم يقدر أن يصلي قائماً كذا في العمادية.

والصحيح ما مر وهو أن يخاف بالصوم توقع الزيادة كذا في جامع الفصولين من أحكام المرضى.

ويلاحظ أن محمداً جعل نفس السفر مبيحاً ولم يجعل أصل المرض مبيحاً وإنما خوف الزيادة أو الهلاك مبيحا لأن المرض أنواع فمنها ما يكون الصوم خيراً له فلا يمكن بناء الحكم على أصل المرض فلم يجعل أصل المرض مبيحا إلا بشرط الإفضاء إلى الحرج.

ثم إن معرفة ازدياد المرض إما لغلبة الظن أو بقول طبيب حاذق[٢].

قال الإمام ظهير الدين: وعندي هذا محمول على الطبيب المسلم كمسلم شرع في الصلاة بالتيمم فوعد له كافر إعطاء الماء لا يقطع الصلاة فلعل غرضه إفساد الصلاة عليه فكذلك الصوم.

ويجوز الفطر إجماعاً للشيخ الفاني وكذلك العجوز الفانية إذا كانا

---

(١) وقد عرف بعض أهل العزائم بأنهم يختارون للناس جانب التيسير في الإفتاء ولكن يشددون على أنفسهم فلا يفطرون مع وجود المرض أو بلوغ سن الشيخوخة، ومن هذا القبيل ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه ما كان يترك الصوم مع إصابته الكبر، وقد سئل العلامة الفقيه الشيخ ظفر أحمد العثماني وهو في الرابع والتسعين من عمره، لماذا تصوم وقد أباح الله لك الفطر؟ فقال: كيف لا أصوم وكان ابن عباس رضي الله عنهما يواظب على الصيام مع ضعفه وكبر سنه، ولما كان يشتد عليه الصوم فيوضع في جركن من الماء. (مقدمة أحكام القرآن للتهانوي).

(٢) أحكام المرضى ص: ١١٦ ـ ١١٧.

عاجزين عن الصوم في جميع فصول السنة ولا قضاء عليهما لعدم القدرة، وعليهما عن كل يوم فدية طعام مسكين، وتستحب الفدية فقط عند المالكية لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾ [البقرة: ١٨٤] قال ابن عباس رضي الله عنهما: ليست الآية بمنسوخة بل هما للشيخ الكبير والمرأة الكبيرة لا يستطيعان أن يصوما فيطعمان مكان كل يوم مسكينًا[١].

كذلك يجوز الفطر لمن أرهقه الجوع أو العطش الشديد ويخاف منه الهلاك أو نقصان العقل أو ذهاب بعض الحواس بحيث لم يقدر معه على الصوم، وعليه القضاء فإن خاف على نفسه الهلاك حرم عليه الصيام لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥].

لكن لا يمكن أن يفتح باب الرخصة على مصراعيه فيستخف الناس بأمر العبادة ويتهاونوا في أدائها كما لا يصح أن يغلق باب الرخصة حتى يخرج الأمر عن مقصد الشريعة من التيسير ورفع الحرج.

والمريض هو الذي يستطيع أن يقدر ما يشعر به من الألم والضعف وما لديه من قوة التحمل لأن المرض (لما فيه من العجز شرعت فيه العبادات على قدر المكنة)[٢].

من أجل ذلك يؤكد الإمام الشاطبي أن المشقة يسند أمرها إلى المكلف نفسه فينظر إلى العمل الشاق فإذا أدى إلى أدنى خلل واضطراب وانقطاع عن العمل فالمشقة خارج عن المعتاد[٣].

ويقول الإمام العز بن عبد السلام: هذه المشاق كلها لا أثر لها في إسقاط العبادات والطاعات ولا في تخفيفها لأنها لو أثرت لفاتت مصالح العبادات والطاعات في جميع الأوقات أو في غالب الأوقات

---

(١) رواه البخاري.
(٢) تيسير التحرير ٢/٢٧٧.
(٣) الموافقات ٢/١٥٨.

ولفات ما رتب عليها من المثوبات الباقيات ما دامت الأرض والسماوات[1].

ويقول الشاطبي: الحرج اللازم للفعل لا يسقطه كالتعرض للقتل في الجهاد لأنه قدر معه فمثلاً غزوة تبوك وما صاحبها من متاعب الحر، وبعد المسافة وترك الأهل والأحباب لا تخرج عن حدود المشقة[2].

* * *

(١) قواعد الأحكام ٢/١٩٣.

(٢) الموافقات للشاطبي ٢/١٥٨.

المحور الثالث

ضرورة التداوي والأخذ بقول الطبيب

إن حفظ الحياة بتناول الطعام والشراب والاحتماء بالسكن واللباس واجب عند الفقهاء.

كذلك الإنفاق على التداوي والعلاج من تضميد الجراح النازفة وجبر الكسور وإجراء العمليات إذا لزم الأمر وتناول الأدوية اللازمة من الأمور الضرورية يجب اختيارها ـ لأن الله سبحانه وتعالى يقول:

﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥] فالامتناع عن استعمال الدواء مع الحاجة إليه نوع من الانتحار السلبي وهو حرام.

ولا فرق بين أن يقتل الإنسان نفسه أو يقتل غيره .﴿مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢]

فمن ترك الدواء رغم القدرة على استعماله ولم يبال بما وصفه الطبيب يكون آثماً.

والعلاج الضروري يمكن معرفته بالتجربة وبإخبار طبيب مسلم عادل حاذق[١].

وعلى الطبيب وولي الأمر إجبار المريض على تناول الدواء إذا شعر أنه غير مبال به أو يريد التخلص من تكاليف الحياة.

ذهب معظم الفقهاء إلى أن من شعر في رمضان بجوع أو عطش شديدين بحيث يخشى معهما على نفسه الهلاك إذا لم يأكل أو يشرب فإن له أن يفطر ولو كان صحيحاً مقيماً.

وقد استدلوا على ذلك بقول الله عز وجل: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ

---

(١) المغني ٦/١٢٠.

إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٩]، وكذلك بقول الله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥].

فقد حرمت الآيتان على المسلم قتل نفسه وإلقائه في المهالك، والامتناع من الطعام والشراب إلى الحد الذي يوصل صاحبه إلى الهلاك ضرب من قتل النفس، وطريق إلى الهلاك وما كان طريقاً إلى الحرام فهو حرام.

ولأن الجوع والعطش الشديدين الذين يخشى معهما الهلاك بمنزلة المرض الذي يخاف منه الهلاك مع الصوم.

فكما رخص للمريض أن يفطر ويقضي بعد الشفاء كذلك الجائع والعاطش يفطر ويقضي كالمريض.

أما من يريد أن يمارس مهنة الطب فيشترط فيه أن يكون من ذوي حذق في صناعته وله معرفة وبصيرة في مداواة الناس وعلاج المرضى.

والطبيب مسؤول أمام الله وأمام الناس في التصرف في جسد الإنسان ووصف الدواء وتلقين العلاج والوقاية.

إن القضايا الفقهية التي يلجأ فيها إلى رأى الطبيب أو الأحكام الشرعية التي تتوقف على تقدير الطبيب للمرض وتقريره عن حالة المريض يجب أن يؤخذ فيها بعين الاعتبار ما يراه الطبيب الحاذق.

ويشترط عموماً أن يكون الطبيب من ذوي البصيرة والمعرفة في صناعة الطب وعارفاً بالأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعملياً.

وقد صرح الفقهاء بفرض الحجر على الطبيب الجاهل الذي لا يحسن المداواة ولا يعرف أصول الطب فقالوا بمنعه من مزاولة المهنة[١].

كما يجب أن يكون الطبيب نزيهاً صادقاً معروفاً في بذل ما في وسعه في العناية بالمريض.

---

(١) ابن عابدين ٩٣/٥.

إن أساس إباحة فعل الطبيب هو إذن الشارع وإذن المريض[1]. وإن الطبيب يكون مسؤولاً عن الأضرار الناجمة عن ممارساته الطبية إذا كان متطفلاً غير حاذق في علمه وعمله.

إن رأي الطبيب وإن كان حاسماً في العديد من القضايا الشرعية إلا أنه ليس بلازم في الاستفادة من رخصة الفطر في صوم رمضان للمريض، بل إن تجربة الإنسان نفسه في تقدير المرض قد تقوم مقام رأي الطبيب.

فإذا كان الإنسان في ضوء تجربته السابقة يشعر أنه إذا صام فسوف يزداد مرضه فيجوز له الإفطار.

يقول العلامة ابن عابدين في حاشيته: يجوز الفطر لمريض خاف زيادة مرضه بالتجربة، ولو كانت من غير المريض عند اتحاد المرض[2].

وقد سبق ذكر حكم الصحيح الذي يخاف المرض لو صام وضابط المرض المبيح للفطر.

والأمر ليس خاصاً «بمرض السكري» في إباحة الفطر بل إن كل مرض يصيب الإنسان ويكون فيه الامتناع عن الأكل والشرب مضراً للمصاب ويخشى منه الهلاك أو الإعاقة أو تلف عضو من أعضاء المريض أو حتى الزيادة والشدة في المرض فيباح له الإفطار في نهار رمضان وتأجيل الصوم إلى أيام أخر.

وإنما الباعث على اختيار «مرض السكري والصوم» كعنوان للبحث والتركيز على بيان الحكم الشرعي للمصابين بمرض السكري هو تزايد أعداد المصابين بهذا المرض وعدم ظهور آثار المرض ومضاعفاته للعيان عموماً إلا على المريض نفسه أو الطبيب الذي يقوم بفحص درجة إصابته ومعدل السكر في دمه وبوله.

ثم إن الإفطار في نهار رمضان خضوعاً لرأي الطبيب هل هو

---

(١) وراجع الجريمة والعقوبة لأبي زهرة ص: ٤٨٢ ـ ٤٨٣.
(٢) رد المحتار ١١٦/٢.

واجب؟ أو مستحب؟ أو مكروه؟ وإن عدم استجابة المريض لرأي الطبيب هل يكون إثماً يؤاخذ عليه المريض؟

كل ذلك تختلف فيه آراء الفقهاء على اختلاف وجهات نظرهم في حكم التداوي شرعاً.

فإن فقهاء المذاهب الأربعة لا يرون التداوي واجبًا، بل يقولون إن التداوي مشروع حيث إن الرسول ﷺ قد أمر بالتداوي، فقد روي أبو الدرداء رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء، فتداووا ولا تتداووا بالحرام[1].

وفي حديث أسامة بن شريك رضي الله عنه قال: «قالت الأعراب يا رسول الله ألا نتداوى؟ قال: نعم عباد الله تداووا، فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء إلا داء واحداً، قالوا: يا رسول الله وما هو؟ قال: الهرم»[2].

بل علّم الرقى أيضاً لعلاج بعض الأمراض حيث قال: «لا بأس بالرقية ما لم يكن فيه شرك».

وفي رواية جابر رضي الله عنه قال: «نهى النبي ﷺ عن الرقى، فجاء آل عمرو بن حزم فقالوا: يا رسول الله إنه كان عندنا رقية نرقى بها من العقرب فإنك نهيت عن الرقى فعرضوها عليه، فقال: ما أرى بها بأساً، من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل»[3].

وقد ثبت أن النبي ﷺ تداوى فقد روى الإمام أحمد في مسنده أن عروة كان يقول لعائشة: يا أمتاه، لا أعجب من فقهك، أقول: زوجة رسول الله ﷺ وابنة أبي بكر، ولا أعجب من علمك بالشعر وأيام الناس، أقول: ابنة أبي بكر، وكان أعلم الناس أو من أعلم الناس، ولكن أعجب من علمك بالطب، كيف هو؟ ومن أين هو؟ قال:

---

(١) أخرجه أبو داود وفي إسناده إسماعيل.
(٢) أخرجه الترمذي وقال: هذا حديث حسن صحيح.
(٣) رواه مسلم من حديث عوف بن مالك.

فضربت على منكبيه وقالت: أي عرية؟ إن رسول الله ﷺ كان يسقم عند آخر عمره، وكانت تقدم عليه وفود العرب من كل وجه فكانت تنعت له الأنعات وكنت أعالجها له فمن ثم علمت.

وفي رواية أخرى: أن رسول الله ﷺ كثرت أسقامه فكان يقدم عليه أطباء العرب والعجم فيصفون له فنعالجه(١).

وفي ضوء ما ورد في التوكل والحث على التداوي يرى جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية أن التداوي مباح والمالكية يعبرون عنه: لا بأس بالتداوي.

ويرى الشافعية والقاضي ابن عقيل وابن الجوزي من الحنابلة استحبابه لقول النبي ﷺ:

«إن الله أنزل الداء والدواء جعل لكل داء دواء فتداووا ولا تتداووا بالحرام»(٢).

وقالوا: إن احتجام النبي ﷺ أيضاً دليل على مشروعية التداوي والاستحباب عند الشافعية في حالة عدم القطع بإفادته فإن قطع كعصب محل الحجامة فإنه واجب.

ويرى جمهور الحنابلة أن تركه أفضل ونص عليه أحمد، وقالوا: إنه أقرب إلى التوكل(٣).

لكن الإمام ابن القيم يقول: في الأحاديث الصحيحة الأمر بالتداوي، وأنه لا ينافي التوكل كما لا ينافيه دفع الجوع والعطش والحر والبرد بأضدادها بل لا تتم حقيقة التوحيد إلا بمباشرة الأسباب التي نصبها الله مقتضيات لمسبباتها قدراً وشرعاً وأن تعطيلها يقدح في نفس التوكل كما يقدح في الأمر والحكمة ويضعفه من حيث يظن معطلها ان

---

(١) أخرجه أحمد ٦٧/٦ طبعة الميمنية، قال الهيثمي: فيه عبد الله بن معاوية الزبيري قال: أبو حاتم: مستقيم الحديث وفيه ضعف.
(٢) أخرجه أبو داود.
(٣) الإنصاف ٤٦٣/٢، والآداب الشرعية ٣٥٩/٢.

تركها أقوى في التوكل فإن تركها عجز ينافي التوكل الذي حقيقته اعتماد القلب على الله عز وجل في حصول ما ينفع العبد في دينه ودنياه، ودفع ما يضره في دينه ودنياه، ولا بد مع الاعتماد من مباشرة الأسباب وإلا كان معطلاً للحكمة والشرع فلا يجعل العبد عجزه توكلاً ولا توكله عجزاً[١].

وبناء على هذه التفاصيل يمكن أن يقال:

- إن المصاب بداء السكري في مرحلة متقدمة إذا شعر بأن الصوم يضره ضرراً كبيراً يؤدي إلى إعاقته أو تلف عضو من أعضائه فيجوز له الإفطار، سواء كان هذا الشعور بناء على تجربته الشخصية أو على رأى طبيب مسلم حاذق.

- إن إصرار المريض على عدم الالتفات إلى رأي الطبيب ومواصلة الصوم مع ازدياد خوف المرض غير مرغوب فيه شرعاً، ويدخل في باب إلقاء نفسه في التهلكة وهو محرم شرعاً.

- إن الناس المعروفين بالصلاح وعلو الهمة وقوة الصبر والتحمل وشدة العزيمة إذا أصروا على الصيام مع وجود المرض فلا يصح الحكم عليهم بأنهم خالفوا الشرع بل يحمل تصرفهم على العزيمة وإن كان الحكم الشرعي العام عدم المخاطرة والأخذ بالرخصة.

أما الأخذ بقول الطبيب فالأصل فيه أن يرجع الإنسان المريض إلى الطبيب المسلم في تقدير حالته الصحية والتقرير عن مرضه قبل أن يأخذ بالرخصة الشرعية في الانتقال من تكليف إلى تكليف أخف وأيسر.

لكن المريض قد يضطر إلى الاستعانة بطبيب غير مسلم إما لعدم وجود الطبيب المسلم أصلاً، أو كون غير المسلم صاحب اختصاص لا يوجد في الطبيب المسلم.

---

(١) زاد المعاد ١٥/٤.

وقد ثبت أن النبي ﷺ أمر بالرجوع للعلاج والاستطباب إلى الحارث بن كلدة وكان كافراً.

كما أنه ﷺ استأجر عبد الله بن أريقط دليلاً له في معرفة طريق الهجرة وكان كافراً وقت ذاك.

يقول العلامة ابن القيم: وفيه دليل على جواز الرجوع إلى الكافر في الطب والكحل والأدوية والكتاب والحساب والعيوب ونحوها[١].

وتقول لجنة الفتوى بالأزهر الشريف: والمالكية يرون الاعتماد على غير المسلم حينئذ إن لم يوجد طبيب مسلم، وبعض العلماء لا يرون وجوب كونه مسلماً حتى في حال وجود الطبيب المسلم وهذا ما تختاره اللجنة وتفتي به لأن المسار على ما يوجب غلبة الظن وهذا يتوافر كثيراً في غير المسلم بالتجربة كما يتوافر في المسلم[٢].

ويؤيد ذلك ما ذكره ابن مفلح في كتابه الآداب الشرعية نقلاً عن الإمام ابن تيمية: إذا كان اليهودي أو النصراني خبيراً بالطب ثقة من الإنسان جاز له أن يستطب كما يجوز له أن يودعه المال وأن يعامله كما قال تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَـٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ وَمِنْهُم مَّنْ إِن تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَّا يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ﴾[٣] [آل عمران: ٧٥].

كذلك يؤيده أيضاً حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه الذي يقول فيه: «مرضت مرضاً فأتاني رسول الله ﷺ يعودني فوضع يده بين ثديي حتى وجدت بردها على فؤادي، فقال: إنك رجل مفؤود فأت الحارث بن كلدة أخا ثقيف فإنه رجل يتطبب»[٤].

فاتضح أن المداواة من المرض لازمة شرعاً وأن الأصل في الديانات أن يؤخذ برأي طبيب حاذق مسلم ولكن في حالة عدم توفر

---

(١) بدائع الفوائد ص: ٢٠٨.
(٢) الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص: ٢٠٣.
(٣) الآداب الشرعية ٤٦٢/٢.
(٤) سنن أبي داود ٣٣٧٧.

طبيب مسلم ذي خبرة واختصاص متميز لا مانع شرعا من الاعتماد على طبيب غير مسلم.

وفي ضوء ما تقدم من النصوص وآراء الفقهاء وعباراتهم يمكن الوصول إلى الحكم الشرعي الدقيق في موضوع «الصوم ومرض السكري».

والله ولي التوفيق.

* * *

مشروع قرار المجمع

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته التاسعة عشرة المنعقدة في مدينة الشارقة بالإمارات العربية المتحدة ناقش موضوع (الصوم ومرض السكري) وبعد النظر فيما أعد حول الموضوع من بحوث ودراسات وبعد المداولات والمناقشات المستفيضة التي تبين منها:

أن المرضى المصابين بمرض السكري تتفاوت درجات إصابتهم ويمكن تقسيمها على مراحل يحددها الأطباء كما أشير إليه في بيان ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية فلا يشكل الصوم دائماً الخطورة للمصاب بل قد يكون الصوم سبباً لتخفيف معاناة المريض وفي ضوء هذه الحقيقة قرر مجلس المجمع ما يلي:

أ ـ إن المصاب بداء السكري إذا تأكد من خلال تجربته أو نتيجة تقرير طبيب حاذق أن الصوم يلحق به ضرراً كبيراً مثل الهلاك أو الإعاقة أو تلف عضو من أعضائه فيجوز له الامتناع عن الصوم والإفطار في شهر رمضان وتأجيل صومه لأيام أخر. عملاً بقول الله عز وجل: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤].

ب ـ يجب على المريض أن يراجع الطبيب الحاذق المسلم لتقدير حالته المرضية قبل الامتناع عن الصوم بسبب المرض. وفي حالة عدم توفر الطبيب المسلم لا مانع من الاعتماد على رأي الطبيب غير المسلم.

ج ـ المصاب بداء السكري لا يجوز له ترك الصوم والإفطار في رمضان إذا كانت إصابته عادية وصومه لا يلحق به ضرراً يعتبر به شرعاً، وإن مجرد تحديد المرحلة أو التصنيف الفني لدرجة الإصابة للمريض من قبل الأطباء لا يجعل أساساً عاماً للإفطار

لاختلاف الناس في قوة التحمل بل ينظر إلى حالة كل مريض على حدة قبل الحكم بإباحة الفطر له.

والله أعلم بالصواب.

* * *

المراجع

١ - لسان العرب.
٢ - مختار الصحاح.
٣ - الجامع لأحكام القرآن: للقرطبي.
٤ - أحكام القرآن: لأبي بكر الجصاص الرازي.
٥ - أحكام القرآن: لابن العربي المالكي.
٦ - أحكام القرآن: للتهانوي.
٧ - التوضيح على التنقيح: لصدر الشريعة.
٨ - فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت: لبحر العلوم اللكنوي.
٩ - فتح الباري: لابن حجر العسقلاني.
١٠ - قواعد الأحكام: للعز بن عبد السلام.
١١ - قواعد الفقه: للبركتي المجددي.
١٢ - المغني: لابن قدامة المقدسي.
١٣ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: للكاساني.
١٤ - الاختيار في تعليل المختار: للموصلي.
١٥ - رد المحتار: لابن عابدين الشامي.
١٦ - فتح القدير: لابن الهمام.
١٧ - حاشية الدسوقي.
١٨ - جواهر الإكليل.
١٩ - المجموع: للنووي.
٢٠ - الفقه الإسلامي وأدلته: للزحيلي.
٢١ - كشاف القناع: للبهوتي.
٢٢ - حاشية القليوبي علي المحلي.
٢٣ - مراقي الفلاح في شرح نور الإيضاح.
٢٤ - القوانين الفقهية: لابن جزيّ.
٢٥ - بداية المجتهد: لابن رشد.
٢٦ - الفتاوى الهندية.
٢٧ - فتاوى قاضيخان.

٢٨ - روضة الطالبين: للنووي.
٢٩ - شرائع الإسلام.
٣٠ - شرح النيل.
٣١ - شرح الأزهار.
٣٢ - أحكام المرضى.
٣٣ - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي: لأبي زهرة.
٣٤ - سنن أبي داود.
٣٥ - أحكام المريض في الفقه الإسلامي.
٣٦ - فقه الصوم.
٣٧ - التعريفات: للجرجاني.
٣٨ - كشف الأسرار: للبزدوي.
٣٩ - التلويح على التوضيح: للتفتازاني.
٤٠ - الموافقات: للشاطبي.
٤١ - تيسير التحرير: لمحمد أمين البخاري.
٤٢ - كتاب الأم: للشافعي.
٤٣ - إعلام الموقعين: لابن القيّم.
٤٤ - شرح الزرقاني على الموطأ.
٤٥ - أصول السرخسي.

بدر القاسمي
نائب رئيس مجمع الفقه الإسلامي بالهند
عضو المجلس التنفيذي للملتقى العالمي للعلماء
والمفكرين المسلمين برابطة العالم الإسلامي
وعضو الهيئة الشرعية للتصنيف والرقابة
(المقيم بدولة الكويت)

❋ ❋ ❋

مرض السكري والصوم

إعداد
د. عبد الرحمٰن بن عبد الله السند
الأستاذ المشارك، ورئيس قسم الفقه المقارن،
في المعهد العالي للقضاء
بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ـ الرياض

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد للّه، والصلاة والسلام على رسوله وآله وصحبه

وبعد: فلقد جاء الله جل وعلا بدين عظيم، وشرع متكامل لجميع شؤون الحياة ومقوماتها، شرعٌ ﴿لَا يُغَادِرُ صَغِيرَةً وَلَا كَبِيرَةً إِلَّآ أَحْصَىٰهَاۚ﴾(1)، شرعٌ ﴿لَّا يَأْتِيهِ ٱلْبَٰطِلُ مِنۢ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِۦ ۖ تَنزِيلٌ مِّنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ ﴿٤٢﴾﴾(2)؛ حدّ الله سبحانه وتعالى فيه لعباده حدوداً منضبطة واضحة، لا يتعداها إلا الظالمون، كما قال سبحانه: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُولَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾(3).

وقد نهى الله تعالى عباده عن نواهٍ ومحرمات، وفرض عليهم فرائضَ وواجبات؛ ولعِلْم الله سبحانه وتعالى بالعوارض التي تعرض لعبيده، ورحمته بهم، وتيسيره عليهم، كما قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ﴾(4)، وقال: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍۚ﴾(5)، وقال: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾(6)، وقال: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْۚ﴾(7)؛ فقد أناط فِعْل الواجبات بالاستطاعة، كما قال تعالى: ﴿فَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ مَا ٱسْتَطَعْتُمْ﴾(8)، وتَرْك المحرمات بانعدام الحاجة والضرورة، كما قال تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا

---

(1) الكهف: ٤٩.

(2) فصلت: ٤٢.

(3) البقرة: ٢٢٩.

(4) البقرة: ٢٨٦.

(5) الحج: ٧٨.

(6) البقرة: ١٨٥.

(7) النساء: ٢٨.

(8) التغابن: ١٦.

﴿اَضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[1]، فله جل وعلا عظيم الشكر والامتنان.

وإن من جملة ما أوجبه الله تعالى على عبيده؛ صومَ شهر رمضان، أحدُ أركان الإسلام، ومبانيه العظام. ولما كان العبد ضعيفاً لا يخلو من أسقام الحياة وأمراضها، التي كتبها الله تعالى على عباده، مما لا يستطيع معه القيام بهذا الواجب، في بعض الأحوال والأعراض، فقد أباح له الشارع الإفطار وقضاء الصيام، قال تعالى: ﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾[2].

ومع هذه الرخصة الشرعية، يحصل لعدد من المرضى، القدرة على الصيام، والاستغناء عن الطعام والشراب، مع تعاملهم بالدواء، الذي اختلفت صوره وأشكاله وطرق تعاطيه في العصر الحديث، مما حيّر المريض في سلامة صومه مع تناوله للدواء، وأصبح بحاجةٍ إلى من يبين له الحكم الشرعي اللائق بنفسه وحاله.

وقد بات الأمر بجواز الإفطار من عدمه، وتحديد ما يدخل في ذلك وما يندّ عنه؛ من المسائل التي كثر الخلاف فيها وانتشر، لأسبابٍ عديدة، من أبرزها في تقدير الباحث: ندرة وجود دراسات أو جهات، تشترك فيها الخبرة الطبية، مع العلم الشرعي، حتى تخرج الأحكام والفتاوى والقرارت، بتأصيلٍ علميٍ ناضج، مبنيّ على أسسٍ شرعية، ودرايةٍ طبيةٍ عملية.

مما يتعين معه من أهل العلم والفقه والرأي، أن يساهموا في حسم هذه المسائل، أو تضييق فجوة الخلاف فيها بين الفقهاء والباحثين والمفتين.

وهذا ما أراه من توفيق الله تعالى لهذا المجمع المبارك، الذي اختار هذا الموضوع (مرض السكري والصوم)، من ضمن الموضوعات التي ستناقش في هذه الدورة.

---

(١) الأنعام: ١١٩.

(٢) البقرة: ١٨٥.

وأزيد كيل الشكر وعظيم التقدير، لأمانة المجمع، عندما لحظت في خطاب الاستكتاب، جنوحهم في محاور البحث، إلى التأصيل والتقعيد، بعيداً عن الإغراق في التمثيل. إذ لا يخفى على الفقيه، أن الاختلاف في تحقيق المناط، أوسع من الاختلاف في تحديده.

ولا أخفي عتبي على المجمع، عندما عرض طرفاً من الموضوع في دورةٍ سابقة، قبل أكثر من (١٢) سنة[١]، بعنوان (المفطرات في مجال التداوي)، وقد حفل الموضوع بأبحاث متينة، شرعية وطبية، وجاء في مثانيه تعاليق قيمة، وإضافات ساخنة، قد أثرت الموضوع، وفتّقت الأذهان.

إلا أن ما عابه في الأخير؛ صيغة القرار، التي قضت على كثيرٍ من زينة الموضوع وما حمله من جديد؛ إذ ضرب القرار صفحاً، عن التأصيل العلمي، ووضعِ الأطر والضوابط التي يمكن أن يهتدي بها الباحث والفقيه، واختصر الموضوع بتعداد المفطرات بالأمثلة المجردة، وأجّل إصدار قرار في عدد من الصور لمزيد البحث والدراسة.

وكلي رجاء؛ في هذه الدورة، أن يتجه المجمع الموقر؛ لإصدار قرارٍ يحمل معايير وضوابط شرعية، لما يفطر وما لا يفطر، ويترك تنزيل الصور لاختلاف النظّار ورأي المُجتهدين.

ومما يبعث في النفس الأمل، أن معالي الأمين الحالي للمجمع، كان أحد المنادين لأن تتجه لجنة الصياغة إلى وضع ضوابط في ذلك، في الدورة المشار إليها[٢].

وإن اختيار مثل هذا الموضوع (مرض السكري والصوم)، كنموذج ومثال، لا يؤثر في تقرير الضوابط في شيء.

---

(١) الدورة العاشرة، المنعقدة في جدة، بالمملكة العربية السعودية، في الفترة من ٢٣ ـ ٢٨/صفر/١٤١٨هـ.

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٤٠١/٢، ٤٠٤) مداخلة د.عبد السلام العبادي.

وأعتذر عن الإطالة في المقدمة، إلا أني أحسب أن تقديمها بين يدي الموضوع، يُفسّر تركيز هذا البحث على جانب التأصيل، واستخلاص الضوابط الشرعية التي تحكم **(المريض)، و(المرض)، و(الدواء)**؛ في مجال الصيام، وما كان (مرض السكري) إلا مجرد أنموذجٍ على ذلك. ولذا فقد ارتأيت أن ينتظم الموضوع، في المباحث التالية:

المبحث الأول: تعريف الصوم.

المبحث الثاني: حد المرض المبيح للفطر.

المبحث الثالث: مدرك الخلاف في مناط الإفطار:

المطلب الأول: العلة الجامعة لمفسدات الصيام.

المطلب الثاني: الجوف المعتبر في الإفطار.

المطلب الثالث: المنافذ المعتبرة في الإفطار.

المبحث الرابع: اعتبار رأي الطبيب المعالج وشروطه.

المبحث الخامس: قضاء المريض للصوم وأحواله.

المبحث السادس: الضوابط الشرعية لـ: (المريض)، و(المرض)، و(الدواء)؛ في مجال الصيام.

المبحث السابع: دراسة تطبيقية لمرض السكري.

المطلب الأول: تعريفه.

المطلب الثاني: أنواعه.

المطلب الثالث: التصنيف الطبي للحالات المرضية لمرضى السكري.

المطلب الرابع: مدى توافر الضوابط الشرعية في الحالات المرضية المذكورة، من حيث جواز الصيام من عدمه.

وهذا أوان الشروع في المقصود.

المبحث الأول
تعريف الصوم

تعريفه لغة:

هو الإمساك عن الشيء، والترك له.

ومنه ترك (=الإمساك عن) الطعام والشراب والكلام والنكاح والسير[1].

تعريفه في الاصطلاح:

جاء في المبسوط للسرخسي: (الصوم في الشريعة عبارة عن: **إمساك مخصوص**؛ وهو الكف عن قضاء الشهوتين، شهوة البطن وشهوة الفرج، **من شخص مخصوص**؛ وهو أن يكون مسلماً طاهراً من الحيض والنفاس، **في وقت مخصوص**؛ وهو ما بعد طلوع الفجر إلى وقت غروب الشمس، **بصفة مخصوصة** وهو أن يكون على قصد التقرب، فالاسم الشرعي فيه معنى اللغة)[2].

وقال ابن عبد البر في الكافي: (معنى الصيام في الشريعة: الإمساك عن الأكل والشرب والجماع)[3].

وجاء في مغني المحتاج: (الصوم شرعاً: إمساك عن المُفطّر، على وجه مخصوص)[4].

وقال ابن قدامة: (الصوم في الشرع عبارة عن: الإمساك عن أشياء

---

(١) ينظر: لسان العرب (٢٤٢/١٥ ـ ٢٤٣) مادة (صوم)، القاموس المحيط (ص١٤٦٠) مادة (صوم).

(٢) (٥٤/٣).

(٣) (ص ١٢٤).

(٤) (٤٢٠/١).

مخصوصة، في وقت مخصوص... والصوم المشروع هو: الإمساك عن المفطرات، من طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس)[1]. وتعريفه الثاني أبْيَن.

وتعريف السرخسي من أجود التعريفات وأشملها، وما أشار إليه في آخر كلامه من مُقاربة التعريف الشرعي للتعريف اللغوي، ظاهر جداً.

* * *

(١) المغني (٤/٣٢٣، ٣٢٥).

المبحث الثاني

حد المرض المبيح للفطر

يقول الله تعالى: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ ٱلَّذِيٓ أُنزِلَ فِيهِ ٱلْقُرْءَانُ هُدًى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَٰتٍ مِّنَ ٱلْهُدَىٰ وَٱلْفُرْقَانِ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[(١)].

فهذه الآية الكريمة نص واضح في أن المريض من أصناف المعذورين من الصيام، وجواز قضائه بعد حين.

وليس هذا محل خلاف أو إشكال، وإنما المقصود: هل كل مريض يباح له ذلك؟

ظاهر الآية الكريمة أن كل من شمله مسمّى المرض هو كذلك، حتى لو كان وجع الإصبع، وهو ما ذهب إليه أفراد من السلف[(٢)]؛ إلا أن هذا الظاهر غير مراد بالتأكيد، كما تتابعت عليه أفهام جماهير السلف والعلماء.

فقد ذهب جمع من السلف إلى أنه المرض الذي لا يطيق صاحبه معه القيام لصلاته، وذهب آخرون إلى أنه: كل مرض كان الأغلب من حال صاحبه مع الصوم أن يزيد في علته زيادة غير محتملة[(٣)].

---

(١) البقرة: ١٨٥.

(٢) كعطاء وابن سيرين. ينظر: تفسير الطبري (٢/١٥٠)، أحكام القرآن لابن العربي (١/٧٧)، المغني (٤/٤٠٤). وبعض الباحثين اعتذر لابن سيرين بأنه كان يتناول علاجاً للتخفيف من وجع إصبع، ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٢/٤٢٣) ولا وجه له.

(٣) ينظر: تفسير الطبري (٢/١٤٩ ـ ١٥٠).

فليس كل مرض يباح معه الفطر، كما أنه ليس كل مرض يباح معه التيمم.

ولذلك قال الشافعي، وهو من هو في الفقه واللغة:

(المرض: اسمٌ جامعٌ لمعانٍ، لأمراض مختلفة، فالذي سمعتُ: أن المرض الذي للمرء أن يتيمم فيه: الجراح)[١].

فهذا التقرير نفيس جداً، يبين أن المرض له إطلاق واسع، وليس المراد بإطلاق الشارع له، كل ما يجمعه اسم المرض من معنى، وإنما المراد: المعنى الذي تحققت فيه العلة التي من أجلها أباح الشارع الرخصة فيه[٢].

ولذلك قال ابن قدامة: (المرض لا ضابط له، فإن الأمراض تختلف، منها ما يضر صاحبه الصوم، ومنها ما لا أثر للصوم فيه... فلم يصلح المرض ضابطاً، وأمكن اعتبار الحكمة: وهو ما يُخاف منه الضرر، فوجب اعتباره بذلك)[٣].

فالتحقيق أن من كان الصوم يجهده جهداً غير محتمل، سواءٌ بتأخر برئه، أو بزيادة مرضه، فله الإفطار وقضاء عدة من أيام أخر، وذلك بأنه إذا بلغ ذلك الأمر به هذا المبلغ، ولم يؤذن له في الإفطار، فقد كلفناه عسراً ومنعناه يسراً، وذلك خلاف ما أخبر الله به في الآية نفسها بقوله: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾.

وأما من كان الصوم لا يُجهده، فإنه بمعنى الصحيح الذي يطيق الصوم، فعليه أداء فرضه، وصوم الواجب في وقته، وإيجابنا له ذلك ليس فيه عسر، كما أن إباحتنا له الإفطار ليس فيها مزيد يُسر، وهو المعنى الذي لأجله أباح الشارع للمريض الترخص في الإفطار، وبزوال العلة يزول الحكم[٤].

---

(١) الأم (٤٢/١).
(٢) ينظر: الأم (٤٢/١ ـ ٤٣).
(٣) المغني (٤٠٤/٤).
(٤) يراجع: تفسير الطبري (١٥٠/٢).

قال ابن قدامة: (المرض المُبيح للفطر، هو الشديد الذي يزيد بالصوم، أو يخشى تباطؤ برئه)[1].

ويلحق به: الإنسان الصحيح، لكن يخشى المرض فيما لو صام، قال ابن قدامة: (والصحيح الذي يخشى المرض بالصيام؛ كالمريض الذي يخاف زيادته في إباحة الفطر؛ لأن المريض إنما أُبيح له الفطر؛ خوفاً مما يتجدّد بصيامه من زيادة المرض وتطاوله، فالخوف من تجدد المرض في معناه)[2].

وليس (خشية المرض) على إطلاقها بالتأكيد، بل المقصود: حصول يقين، أو ظن غالب، بحصول المرض[3].

وأحسب أن هذا التقرير كافٍ، وإلا ففي البحث زيادة لمستزيد، ويحتمل تشقيق المسألة، إلى تحديد ضابط المشقة التي يباح معها الصيام، وإن كان ضبط مثل ذلك لا مطمع فيه، إذ ليس بالوسع اعتماد حدّ في ذلك، وما ذاك إلا أن الشارع لم يقصد ـ والله تعالى أعلم ـ تحديد ذلك، فلِمَ نتكلّف ما لم يكلّفنا الله تعالى به؟

يؤيد ذلك أن جملةً من التخفيفات الشرعية، قد أقام الشارع فيها السبب مقام العلة، مما يؤكد أن المشقة المعتبرة في التخفيفات ليس لها ضابط مخصوص، ولا حد محدود يطّرد في جميع الناس.

فكانت الرخصة إضافية بالنسبة إلى كل مُخاطبٍ بنفسه، بمعنى أن كل أحدٍ ـ في الأخذ بالرخصة ـ فقيهُ نفسه، ما لم يحد فيها حد شرعي فيقف عنده[4].

فالواجب على العالم والفقيه والمفتي أن يبين حكم الله تعالى

---

(١) المغني (٤٠٤/٤).

(٢) المغني (٤٠٤/٤ ـ ٤٠٥).

(٣) واعتراض بعض الباحثين على ذلك غير مسلّم. ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٣٦٨/٢) مداخلة الشيخ عبد الله بن منيع، و(٣٧٧/٢) إجابة د.وهبة الزحيلي، و(٤٣٩/٢) إجابة الشيخ المختار السلامي.

(٤) يراجع: الموافقات (٣١٤/١ ـ ٣١٥) والكلام ملفق منه.

للعامي والسائل، وأن يُفهِمَه حدود الرخصة الشرعية، وأما ما وراء ذلك فليس من مهمته، إذ يُديّن السائل فيما بينه وبين الله تعالى، في دخول محله أو حاله أو زمانه أو مكانه في حدود الرخصة، وهو ما يسمى بتحقيق المناط.

إن تقرير ما تقدم، كفيلٌ بالإجابة عمّا جاء في خطاب الاستكتاب من طلب بيان مدى اختلاف حكم الصوم في الحالات المرضية، بحسب: الحالة العمرية للمريض (كبار السن)، وحالة الحمل (للمرأة)، ونحو ذلك.

- **خلاصة ما تقدم:**

أن المريض الذي يباح له الفطر له أحوال:

١ ـ المريض الذي لا يطيق الصوم بحال، ولا يقدر عليه؛ فهذا غير مكلّف به. وينبغي أن يكون حكم مثل هذه الحال، من المعلوم بالضرورة للعامي قبل العالم.

قال الشاطبي: قد وقع (الإجماع على أن تكليف ما لا يطاق غير واقع في الشريعة)[١].

والفطر في حقه حتم لازم.

قال ابن العربي: (المريض الذي لا يطيق الصوم بحال، فعليه الفطرُ واجباً)[٢].

ولو صام فأضرّ نفسه، فلا أتورّع عن القول بتأثيمه وظلمه لنفسه؛ لتعديه وتفريطه في المحافظة على صحته وجسده.

---

(١) الموافقات (١٥٠/١) بتصرف يسير. وينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (١٣/٢) بحث مفتي تونس الشيخ محمد المختار السلامي، وهو بحث نفيس مؤصل.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي (٧٧/١) بتصرف يسير.

٢ ـ المريض الذي يقدر على الصوم، لكن بجهد وكلفة ومشقة، بحيث يتأخر برؤه وشفاؤه.

٣ ـ أو يزيد مرضه ويتضاعف.

٤ ـ الصحيح الذي يخشى بصيامه المرض، خشية جازمة أو غالبة.

فهؤلاء ممن يشملهم معنى المرض المبيح للفطر[1].

وحكمهم حكم العاجز عن الصيام.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: إن (مما ينبغي أن يُعرف: أن الاستطاعة الشرعية المشروطة في الأمر والنهي؛ لم يكتف الشارع فيها بمجرد المُكنة ولو مع الضرر، بل متى كان العبد قادراً على الفعل مع ضررٍ يلحقه، جُعل كالعاجز، في مواضع كثيرة من الشريعة)[2].

أما المريض الذي لا يجد عُسراً أو حرجاً في صومه، فالصوم في حقه واجب، وما به من مرض لا يُبيح له الفطر.

وهذه قاعدة ضابطة في ذلك: (المشقة المُحتملة المعتادة)، فإن لم تكن كذلك؛ جاز معها الفطرُ للمريض.

والجواز واللزوم متناسب مع شدة المشقة وخفتها، فكلما زادت المشقة زاد لزوم فطره.

قال الشافعي: (والحال التي يترك بها الكبير الصوم أن يكون يجهده الجهد غير المُحتمل، **وكذلك المريض**... وإن زاد مرض المريض زيادة بيّنة: أفطر، وإن كانت زيادة مُحتملة: لم يفطر...)[3].

وبالله تعالى التوفيق.

❊ ❊ ❊

---

(١) ينظر: قوانين ابن جزي (ص٨٢) فقد عدّد أحوال المريض مع الصوم.
(٢) مجموع الفتاوى (٨/٤٣٩).
(٣) الأم (٢/١٠٤).

المبحث الثالث
مدرك الخلاف في مناط الإفطار

المطلب الأول
العلة الجامعة لمفسدات الصيام

إن الحديث في هذا المطلب، من مفاصل البحث في نظري، بل أكاد أجزم أن أصل الخلاف القائم بين الفقهاء والباحثين، في المفطرات المعاصرة، لا سيما الطبية منها؛ هو تحرير المعنى الذي أناط به الشارعُ فِطْر الصائم.

ثمة معنى متفق عليه في الجملة بين فقهاء المذاهب، ولا أجد ما يستدعي سرد النقول في ذلك، فقد طرق الموضوعَ عددٌ من الباحثين في هذا المجال، لا سيما أصحاب البحوث التي قدمت للمجمع في دورته العاشرة، التي سبق أن أشرت إليها، وقد ذكروا نصوصاً عن علماء المذاهب الأربعة.

وسأحاول هنا تلخيص النقول وتحريرها، سواءً من كلام العلماء المتقدمين، أو الباحثين المعاصرين؛ من الفقهاء وأهل الخبرة من الأطباء، مع التعليق على ذلك.

من نافلة القول، أن الباب يخلو من علة منصوصة من الشارع، ولم يعد أمام الفقيه سوى تلمس العلة واستنباطها، من خلال مسالك العلة المعروفة في فن الأصول.

ولذلك ينبغي أولاً بيان المفطرات المنصوصة والمجمع عليها، ومن ثم محاولة استخراج العلة الجامعة بينها.

يقول الله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ ٱلرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَآئِكُمْۚ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّۗ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمْ كُنتُمْ تَخْتَانُونَ أَنفُسَكُمْ فَتَابَ

﴿عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنكُمْ فَالْـَٔنَ بَـٰشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى الَّيْلِ﴾[(١)].

فالأكل والشرب والجماع، من المفطرات نصاً، وهي محل إجماع.

قال ابن قدامة رحمه الله: (يفطر بالأكل والشرب بالإجماع)[(٢)].

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: (يفطر بالنص والإجماع: الأكل والشرب والجماع)[(٣)].

وجاء في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها، لما سُئلت عن صوم الحائض وصلاتها، فقالت: (كان يصيبنا ذلك، **فنؤمر بقضاء الصوم**، ولا نؤمر بقضاء الصلاة)، وهذا لفظ مسلم[(٤)].

فالحيض (ويلحق به النفاس) من مفسدات الصوم نصاً، وهو محل إجماع أيضاً.

قال أبو بكر الكاساني معلقاً على حديث عائشة: (والظاهر أن فتواها بلغ الصحابة ولم يُنقل أنه أنكر عليها منكرٌ، فيكون إجماعاً من الصحابة)[(٥)].

وقال ابن تيمية: (ثبت بالسنّة واتفاق المسلمين أن دم الحيض ينافي الصوم، فلا تصوم الحائض، لكن تقضي الصيام)[(٦)].

والاستقاء[(٧)] من مفسدات الصوم بالاتفاق[(٨)].

---

(١) البقرة: ١٨٧.

(٢) المغني (٣٤٩/٤).

(٣) مجموع الفتاوى (٢١٩/٢٥) بتصرف يسير.

(٤) أخرجه البخاري (٣٢١)، ومسلم (٣٣٥).

(٥) بدائع الصنائع (٨٩/٢، ٩٤).

(٦) مجموع الفتاوى (٢١٩/٢٥ ـ ٢٢٠).

(٧) القيء عمداً.

(٨) هو محل اتفاق بين المذاهب الأربعة والظاهرية، وقد نقل ابن المنذر (ص٥٩) فيه الإجماع، وأشار للإجماع ابن عبد البر (التمهيد ١٧٢/٧) مستدلاً به، واكتفى =

وإن كان الحديث فيه لا يصح[1]، إلا أن الاتفاق كافٍ.

هذه هي المفطرات المنصوصة والمجمع عليها، وأما المختلف فيه من المفطرات فهو كثير؛ يقوى الخلاف في بعضها ويضعف، كالحجامة، والاستعاط، والاكتحال، والاحتقان، والتقطير، والادهان؛ إلى غير ذلك مما هو متناثر في كتب الفقهاء.

وعماد من يجعل تلك من مفسدات الصيام؛ إما حديث مختلف في صحته، وليس هذا مما نحن فيه، وإما القياس على المنصوص، وهذا محل البحث.

فعَمِد جميع فقهاء المذاهب إلى إناطة الحكم بعلة، ثم طردوا القياس عليها.

= الخطابي بنفي الخلاف (كما في المغني ٣٦٨/٤)، ونسبه ابن قدامة (المغني ٣٦٨/٤) لعامة أهل العلم. وهو الصواب، إلا أن حكاية الإجماع، فيها شيء، إذ الخلاف محكي.

ويستدل المخالفون بحديث أبي سعيد: (ثلاثة لا يفطرن: القيء، والحجامة، والاحتلام) رواه الترمذي (٧١٩) وغيره، ولا يصح؛ فيه أكثر من علة، وقد ضعفه محمد بن يحيى الذُّهلي، والإمام أحمد، وأبو حاتم، وأبو زرعة، والبيهقي، والدارقطني، والترمذي. ينظر: التلخيص الحبير (١٩٤/٢).

(١) وهو حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من ذرعه القيء فليس عليه قضاء ومن استقاء فليقض» أخرجه: أبو داود (٢٣٨٠)، والترمذي (٧٢٠)، وابن ماجه (١٦٧٦)، وأحمد (٤٩٨/٢) وغيرهم.

والحديث رجاله ثقات، وظاهر إسناده الصحة، وقد صححه جماعة من أهل العلم، لكن فيه علّة، ولذلك ضعفه كبار المحدثين كالإمام أحمد، والبخاري، والترمذي، والدارمي، وابن عبد البر، والبيهقي، وابن القيم، وابن حجر.

ينظر: مسائل أحمد برواية أبي داود (ص٣٨٧)، التاريخ الكبير للبخاري (٩١/١)، العلل الكبير للترمذي (ص١١٥)، نصب الراية (٤٤٩/٢)، الاستذكار (٣٤٧/٣)، سنن الدارمي (١٧٧٠)، السنن الكبرى للبيهقي (٢١٩/٤)، تهذيب السنن (٢٦٠/٣ ـ ٢٦١)، رسالة الصلاة (ص٥٨ ـ ٥٩) كلاهما لابن القيم، فتح الباري (٢٢٣/٣)، التلخيص الحبير (١٨٩/٢)، تغليق التعليق (١٧٧/٣).

وكان مما قيل في علة الإفطار: الوصول إلى الجوف[1]، أو الوصول إلى أي مجوّف[2]، أو استقرار الداخل في الجوف[3]، أو الوصول إلى الدماغ[4]، أو الداخل من منفذ[5]، أما ما يحيل الدواء والغذاء[6]، أو التغذية[7]، أو التقوية[8]، أو التلذذ والشهوة[9]، وغيرها.

وهذا المسلك فضلاً عن عدم استناده إلى نقل، فإن فيه من التوسع، والتضييق على الصائمين، والعُسر في انضباطه، وسهولة انخرامه وتناقضه، ما لا يتوافق وسمة هذا الدين العظيم ويسره، وما لا تشهد له مقاصد الشريعة ونصوصها العامة.

وأسلم منه، ما أشار له أبو بكر الكاساني بتأصيل متين، لم أقف على من أشار إليه من الباحثين، وهو قوله: (ركن الصوم: الإمساك عن الأكل والشرب والجماع... فلا يوجد الصوم بدونه، **وعلى هذا الأصل؛ ينبني بيان ما يُفسد الصوم وينقضه**؛ لأن انتقاض الشيء عند فوات ركنه أمرٌ ضروري، **وذلك بالأكل والشرب والجماع، سواءً كان صورة ومعنى، أو صورة لا معنى، أو معنى لا صورة**)[10].

ولذلك أنكر شيخ الإسلام ابن تيمية على من توسع في المفطرات، مستنداً على القياس بجامع تلك العلل المستنبطة، بكلام طويل لا يخلو من حدة[11]، ومن أبرز ما قاله راداً على أبرز دليل لهم،

---

(١) بدائع الصنائع (٢/٩٢)، المغني (٤/٣٥٢ ـ ٣٥٣)، مجموع الفتاوى (٢٥/٢٤٣).
(٢) المغني (٤/٣٥٢)، الفروع (٥/٧).
(٣) بدائع الصنائع (٢/٩٣).
(٤) المغني (٤/٣٥٣)، مجموع الفتاوى (٢٥/٢٤٣).
(٥) بدائع الصنائع (٢/٩٣)، المغني (٤/٣٥٤)، مجموع الفتاوى (٢٥/٢٤٣).
(٦) مغني المحتاج (٤/٥٩)، الفروع (٥/٧)، مجموع الفتاوى (٢٥/٢٤٧).
(٧) بدائع الصنائع (٢/٩١)، المغني (٤/٣٥٠).
(٨) مجموع الفتاوى (٢٥/٢٤٥).
(٩) المبسوط للسرخسي (٣/٧٤)، فتاوى أبي زهرة (ص٢٥١، ٢٥٣)، الشرح الممتع (٦/٣٦٩).
(١٠) بدائع الصنائع (٢/٩٠).
(١١) وسبقه لهذا الإنكار والحدة فيه؛ ابن حزم كما سيأتي.

قوله: (والذين قالوا: إن هذه الأمور تفطر...لم يكن معهم حجّة عن النبي ﷺ، وإنما ذكروا ذلك بما رأوه من القياس... وإذا كان عمدتهم هذه الأقيسة ونحوها؛ لم يجز إفساد الصوم بمثل هذه الأقيسة)، ثم عضّد كلامه بتأصيل علمي نفيس، من عدة أوجه، يحسن مطالعته والاستفادة منه(١).

وحاصل رأيه: تضييق دائرة المفطرات في الأكل والشرب والجماع **وما كان في حكمها صورةً أو معنى**، كإدخال الماء عن طريق الأنف، أو بلع الحصاة، أو أكل التراب، أو الاستمناء، أو الحقن المغذية في هذا العصر.

وقد اعتمد هذا الرأي ومشى عليه، جلّ علماء العصر ومفتوهم(٢).

* * *

المطلب الثاني
الجوف المعتبر في الإفطار

يتكرر مصطلح (الجوف) في كتابات العلماء، عند حديثهم عن

---

(١) مجموع الفتاوى (٢٣٣/٢٥ ـ ٢٥٨).

(٢) منهم ممن وقفت عليه: محمود شلتوت في الفتاوى له (ص١٣٦ ـ ١٣٧)، ومحمد رشيد رضا في فتاواه (٢١٢٣/٥)، وسماحة الشيخ عبد العزيز بن باز رحمه الله، كما هو ظاهر من مواضع متعددة من فتاواه (٢٥٧/١٥، ٢٥٨، ٢٦٠، ٢٦٢، ٢٦٣، ٢٦٤، ٢٦٥)، والشيخ محمد بن عثيمين في الشرح الممتع (٣٦٨/٦، ٣٦٩، ٣٧٠ ـ ٣٧١)، والدكتور يوسف القرضاوي في فقه الصيام (ص٩٣ ـ ٩٤)، وغيرهم.

بل إن جلّ من أشار لهذه المسألة من أصحاب البحوث التي قدمت للمجمع في دورته العاشرة، في موضوع (المفطرات في مجال التداوي)، قد انتصروا لهذا الرأي، **وهو ظاهر قرار المجمع الذي انتهى إليه في هذا الموضوع**.

وقد سبق شيخ الإسلام إلى تضييق المفطرات؛ أبو محمد ابن حزم (المحلى ٢٠٣/٦ ـ ٢٠٤)، وموافقته غير مُحتفل بها؛ لإسقاطه القياس من أصله، سواءً في ما يقوى فيه القياس، وما لا يقوى، كما في مسألتنا. والله أعلم.

مناط إفساد الصوم، ومن عباراتهم المشتركة في ذلك: (إن ما دخل إلى الجوف فهو سبب في إفطار الصائم)، وهذا ما عنيته قريباً من أن ثمة معنى يجتمع فيه العلماء في الجملة، وذلك في تحديد علة فساد الصوم، إلا أنه عند التدقيق، نجد أن تفسيرهم لمرادهم بـ (الجوف) مختلف.

يضيف بعض الفقهاء على هذا المصطلح قيوداً، منها: أن يكون الداخل من أحد (المنافذ)، وهذا من المصطلحات التي تتكرر أيضاً، وسماها بعضهم (المخارق)، ثم يأتي بعضهم ويقيده (بالمنفذ المعتاد)، أو (الواسع)، أو (العالي)[1]، أو (الخَلْقي)، أو (الطبيعي)، وبعضهم يجعله عرياً من الوصف.

إن الجوف مصطلحٌ يشمل أجزاء متعددة، الحد الأدنى منه؛ اتفقوا على دخوله فيه، وتنازعوا فيما عداه.

فالمعدة أقل ما يدل عليه اسم الجوف، وبعضهم زاد عليه التجويف البطني، وهو ما وراء الحلق، وانتهاءً بدبر الإنسان، وهو الذي يطلق عليه الأطباء (الجهاز الهضمي)، وبعضهم غلا حتى جعل جسد الإنسان كله جوفاً، فلو غرز آلة حادة في أي جزءٍ من جسده؛ فسد صيامه!

ومما يُستغرب إدخال الرأس (الدماغ) في مفهوم الجوف، وجعله أحد الجوفين[2]، وبعضهم قال: إنما أخذ حكم الجوف؛ لأن بينهما منفذاً[3].

ومهما يكن من أمر، فإن العمدة في ذلك الحقيقة الشرعية أو اللغوية أو العرفية، وليس في النصوص ذكر للجوف في باب الصيام[4]،

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٥٢٣/١).

(٢) المبسوط للسرخسي (٦٧/٣)، الأم (٢٩/٥)، المجموع (٣٢٠/٦)، الكافي لابن قدامة (٢٣٩/٢).

(٣) بدائع الصنائع (٩٣/٢).

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٢٢٥/٢، ٢٥٣، ٢٨٥).

وإنما في مواطن أُخر. كما في قوله تعالى: ﴿مَّا جَعَلَ ٱللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِۦ﴾[1].

ويظهر من ذلك أن المقصود منه جسد الإنسان وجسمه.

وجاء في السنة جملة أحاديث، منها:

- قوله ﷺ: (إن الذي ليس في **جوفه** شيء من القرآن كالبيت الخرب)[2].
- وقوله ﷺ: (لإن يمتلئ **جوف** أحدكم قيحاً، خير له من أن يمتلئ شعراً)[3].
- فهذا وما قبله فيما يبدو أن المراد منه صدر الإنسان وقلبه.
- وقوله ﷺ: (لو كان لابن آدم واديان من مال، لابتغى وادياً ثالثاً، ولا يملأ **جوف** ابن آدم إلا التراب، ويتوب الله على من تاب)[4].
- وفي ألفاظه: (ولا يملأ **عين** ابن آدم إلا التراب)، (ولن يملأ **فاه** إلا التراب)، (ولا يملأ **نفس** ابن آدم إلا التراب).
- فأطلق الجوف على: العين، والفم، والنفس، وهو إطلاق مجازي كما هو ظاهر.
- وقوله ﷺ: (لا يجتمع غبارٌ في سبيل الله، ودخانُ جهنم؛ في **جوف** عبد مسلم، ولا يجتمع الشح والإيمان في **قلب** عبد أبدا)[5]، وفي ألفاظه: (في **وجه** رجل أبداً)، (في **منخري** مسلم أبداً)، (ولا يجتمع الشح والإيمان في **جوف** عبد أبداً).

---

(١) الأحزاب: ٤.

(٢) أخرجه الترمذي (٢٩١٣) وصححه.

(٣) أخرجه البخاري (٦١٥٥)، ومسلم (٢٢٥٩).

(٤) أخرجه البخاري (٦٤٦٣، ٦٤٣٧، ٦٤٣٨، ٦٤٣٩)، ومسلم (١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠).

(٥) أخرجه النسائي (٣١٠٧ ـ ٣١١٥)، وابن ماجه (٢٧٧٤).

- وهنا أطلق الجوف على: الوجه، والمنخرين، والقلب.

- وقوله ﷺ: (إن الإيمان ليخلق في جوف أحدكم كما يخلق الثوب الخَلِق، فاسألوا الله أن يجدد الإيمان في **قلوبكم**)[1]، وهذا صريحٌ في أن المقصود بالجوف هنا القلب.

- وقوله ﷺ: (إن الغضب جمرة توقد في **جوف** ابن آدم)[2]، وفي لفظ: (ألا وإن الغضب جمرة في **قلب** ابن آدم).

- وقوله ﷺ: (أكثر ما يلج به الإنسان النار؛ **الأجوفان**: **الفم، والفرج**)[3].

- وقوله ﷺ: (الحياء من الله: أن لا تنسوا المقابر والبِلَى، ولا تنسوا **الجوف** وما وعى، ولا الرأس وما حوى)[4].

وهذا وما قبله فيما يبدو أن المراد منه هنا بطن الإنسان، إشارةً إلى إباحة المطعم[5].

والذي يظهر من خلال التأمل في النصوص النبوية السابقة، أن المقصود بذلك في الأغلب: القلب، وأطلق عليه الجوف مجازاً، أو هو كل ما كان مُجوّفاً.

والذي أميل إليه في هذا المقام: أن الجوف في اصطلاح الشارع له استعمالات متعددة، ومن تلكم الاستعمالات؛ أنه يُطلقه على بطن الإنسان.

والذي يحدد المراد؛ السياق وقرائن الحال.

---

(١) أخرجه الحاكم (٤/١) وقال: رواته ثقات.
(٢) أخرجه الترمذي (٢١٩١) وصححه، وأحمد (١٩/٣، ٦١).
(٣) أخرجه ابن ماجه (٤٢٤٦)، وأحمد (٣٩٢/٢، ٤٤٢) وصححه ابن حبان (٢٢٤/٢).
(٤) أخرجه أبو نعيم في الحلية (١٨٥/٨ ـ ١٨٦) وهو مرسل.
(٥) هذا أحد القولين، وقيل: المراد القلب وما وعى من معرفة الله تعالى والعلم بحلاله وحرامه، والأول أظهر. ينظر: غريب الحديث لأبي عبيد (١١٧/٢).

ولهذا نظائر في الشريعة[1].

وهذا أيضاً ما أَستظهِرُه من صنيع الفقهاء، رحمهم الله، فإن ما يعنونه بـ (الجوف) في باب الصيام، يختلف عنه في باب الحيض، أو باب الرضاع، أو باب الجراح والجنايات، وهو ما يسمى بـ (الجائفة)، وفي جميع هذه الأبواب يستعملون مصطلح (الجوف).

وبذا تعلم ما وقع لبعض الباحثين[2] من خلط في تحديد مفهوم الجوف، فظن أن مرادهم واحد، وليس هذا ظاهراً في نظري، والله تعالى أعلم.

على أنه لا حاجة لمُجاراة الفقهاء في تحديد مسمى الجوف، إذ هو من تعبيراتهم التي لم يسبقوا إليها بنص شرعي، فلا نُحاكم تفسير ألفاظهم للنصوص الشرعية.

وهذا ما دعا بعض الباحثين[3] ليتساءل عن مستند ربط الإفطار بالجوف من أساسه، وتشدد بعضهم فرفض هذه العلة، لعدم الدليل عليها من قرآن أو سنة[4]. وقد توسط آخرون[5] فقالوا: وإن لم يرد فيه

---

(١) قال ابن تيمية (الفتاوى ٢٤٧/١٩): (لفظ (الكعبة) هو في الأصل اسم لنفس البنية، ثم في القرآن قد استعمل فيما حولها، كقوله: (هدياً بالغ الكعبة)، وكذلك لفظ (المسجد الحرام) يعبر به عن المسجد وعما حوله من الحرم، وكذلك لفظ (بدر) هو اسم للبئر، ويسمى به ما حولها، وكذلك (أحد) اسم للجبل ويتناول ما حوله. . .).

وذلك ضمن فصل جامع نافع في (الأسماء التي علق الله بها الأحكام في الكتاب والسنة). ينظر: مجموع الفتاوى (٢٣٥/١٩ ـ ٢٦٠)، يحسن مطالعته، فقد ذكر في مثانيه جملة من الأمثلة على ذلك.

(٢) ينظر: مفطرات الصيام المعاصرة، د.أحمد الخليل (ص١٦ ـ ٣١).

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٤٠٥/٢)، مداخلة د.صالح بن حميد.

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٣٨٠/٢)، مداخلة الشيخ الصديق الضرير.

(٥) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٣٧٩/٢) مداخلة الصديق الضرير (وفي مداخلته مبالغة لا يوافق عليها، وهي جعل جميع مقدمات الجماع =

نص، إلا أنه هو المفهوم عرفاً من عنصري الأكل والشرب، وإذا لم يكن ورد بلفظ (الجوف)، فلا نتقيد به، وإنما نلتزم بحقيقة الطعام والشراب.

وهذا هو القول العدل في نظر الباحث، وهو الذي يتماشى مع ما قررناه آنفاً، من الاقتصار على أصل المفطرات وما يدخل في حكمها.

ويبدو أن هذا ما دعى الفقهاء رحمهم الله إلى اعتماد الجوف مناطاً للفطر، لالتصاقه بمعنى الأكل والشرب. وعند التأمل في أقاويلهم ومقارنتها، نرى أنهم في الغالب يقصدون التجويف البطني (الجهاز الهضمي)، وهم وإن لم ينصوا على ذلك صراحة، إلا أن هذا هو مفهوم قولهم ولازمه.

وأبين بإيجاز رأي المذاهب في تحديد الجوف عندهم، فأقول وبالله التوفيق:

الجوف عند الحنفية:

قال أبو حنيفة: (القيء (يفطّر)؛ لأنه لا يخلو عن عود بعضه من الفم إلى **الجوف**، فكانت الشبهة في موضع الاشتباه فاعتُبِرَت)[1].

وظاهره أنه يعني جميع التجويف البطني (=الجهاز الهضمي).

بدليل اختلافهم في الداخل في الإحليل (مجرى البول)، وسبب الخلاف بينهم: وجود منفذ بين المثانة[2] والجوف من عدمه[3].

= في حكم الجماع؛ لدخولها في مسمى الرفث، وقد رد هذه المبالغة عدد من المداخلين)، و(٢/٣٨٧) مداخلة الشيخ السلقيني، (٢/٤٠٥)، مداخلة علي التسخيري.

(١) بدائع الصنائع (٢/١٠٠) بتصرف.

(٢) إذ جهاز البول غير داخل في الجهاز الهضمي.

(٣) ينظر: المبسوط للسرخسي (٣/٦٧ ـ ٦٨).

وحكمهم بأن الواصل للدماغ مفطّر؛ لأن بينه وبين الجوف منفذاً[1].

وأن الاكتحال (الواصل عن طريق العين) غير مفطّر؛ لأنه ليس للعين منفذ إلى الجوف[2].

الجوف عند المالكية:

قال الإمام مالك: (وإن احتقن بشيء يصل إلى **جوفه** فأرى عليه القضاء)[3].

وظاهره أنه يعني جميع التجويف البطني (=الجهاز الهضمي).

يعضّده قول ابن عرفة: (تجب الكفارة في إفساد صوم رمضان انتهاكاً له؛ بما يصل إلى الجوف أو المعدة من الفم)[4].

الجوف عند الشافعية:

قال الشافعي: (ولا يستبلغ في الاستنشاق؛ لئلا يذهب في رأسه، وإن ذهب في رأسه لم يفطره، فإن استيقن أنه قد وصل إلى الرأس أو **الجوف** من المضمضة، وهو عامد ذاكر لصومه فطّره)[5].

وظاهره أنه يعني جميع التجويف البطني (=الجهاز الهضمي).

يؤكّد ذلك، تنصيص النووي على أن اسم الجوف يشمل: (الحلق، والحلقوم، وباطن الدماغ، والبطن، والأمعاء، والمثانة)[6].

والدماغ ليس من أجزاء الجهاز الهضمي بالتأكيد، وإنما جعلوا له حكمه؛ لأن بينهما منفذاً في ظنهم، وهو ما رفضه الطب الحديث، كما سيأتي معنا.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٢/٩٣).
(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٢/١٠٦).
(٣) المدونة (١/١٩٧).
(٤) التاج والإكليل (٢/٤٣٤).
(٥) الأم (٢/١٠١).
(٦) ينظر: المجموع (٦/٣٢١).

الجوف عند الحنابلة:

قال الإمام أحمد، فيمن تنخّع دماً كثيراً في رمضان: (أجبن عنه، ومن غير **الجوف** أهون)(١).

وظاهره أنه يعني التجويف البطني (=الجهاز الهضمي).

يؤيّده: تفريق المذهب بين الداخل في الإحليل فلا يفطر؛ لأن ما يصل إلى المثانة لا يصل إلى الجوف، وبين الاحتقان (الداخل في الدبر) فإنه يفطر؛ لأنه واصل إلى الجوف(٢).

وصرّح ابن قدامة بأن المراد بالجوف: (ما ينفذ إلى المعدة)، ثم حكم بالفطر على الداخل إلى الجوف عن طريق الدبر بالحقنة(٣).

الجوف عند المعاصرين، وترجيح الباحث:

لقد ذهب بعض الباحثين المعاصرين، لا سيما الأطباء منهم؛ إلى أن الجوف المقصود بالصيام هو (الجهاز الهضمي)(٤)، موافقين بذلك جمهور الفقهاء في ذلك.

وإنما مرتكز الخلاف بينهم: قطع ما أدخله الفقهاء في حكم الجوف، لظنهم أن بينهما منفذاً، كما قالوا في الإحليل، والمثانة، والدماغ، والعين، والأذن، وهو ما فنّده الطب في العصر الحديث(٥).

ونازع بعض الأطباء في تحديده بالجهاز الهضمي، بل يرى أنه (المعدة) فقط(٦)، وتبعه على ذلك بعض الباحثين(٧).

---

(١) نقله في الفروع (١٦/٥).
(٢) ينظر: الكافي لابن قدامة (٢٣٩/٢، ٢٤٠).
(٣) ينظر: المغني (٣٥٣/٤).
(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٢١٦/٢، ٢٢٥، ٢٥٤، ٣٤٢، ٤٠٩).
(٥) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٢٥٣/٢ ـ ٢٥٤).
(٦) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٢٨٦/٢، ٣٩٨).
(٧) ينظر: مفطرات الصيام المعاصرة، د.أحمد الخليل (ص٣٠ ـ ٣١).

والخلاف بين من يرى الجوف (المعدة)، وبين من يراه التجويف البطني (=الجهاز الهضمي)، يضيق جداً في الاحتقان، أو كون الدبر والقبل منفذاً، فحسب.

والمعنى اللغوي يؤيد هذا القول، إذ معنى جوف الإنسان في اللغة: بطنه(١).

وظاهر المراد: (المعدة) تحديداً، وليس الجهاز الهضمي من مبتدئه إلى منتهاه.

كما أن المعنى العرفي يعضده، فليس الإدخال عن طريق الإحليل، أو الدبر، أو العين؛ أكلاً أو شرباً، لا حقيقة ولا حكماً.

ويقوي ذلك أيضاً، أن المضمضة وذوق الطعام لا يُفطران، ومحلهما (الفم)، وهو أول أجزاء الجهاز الهضمي، مما يدل أن توسعة مفهوم الجوف، لا تستند إلى دليل.

وبهذا التقرير يتبين إن شاء الله تعالى ضعف من نزع إلى توسيع مفهوم الجوف، وإدخال جملة من المسائل والقضايا في دائرة مفسدات الصيام.

والله تعالى أعلم.

* * *

المطلب الثالث
المنافذ المعتبرة في الصيام

إن منافذ جسم الإنسان الطبيعية، تنحصر في:

١ ـ الفم.

---

(١) ينظر: لسان العرب (١٠/٣٧٨ ـ ٣٧٩) مادة (جوف)، القاموس المحيط (ص١٠٣١) مادة (جوف). وفيه قول ابن الأثير: المراد بالجوف: كل ما له قوة محيلة، كالبطن والدماغ اهـ. ولعله تابع الفقهاء في إدخال الدماغ.

٢ ـ الأنف.

٣ ـ الأذن.

٤ ـ العين.

٥ ـ الإحليل (مخرج البول من الرجل والمرأة).

٦ ـ قُبُل المرأة.

٧ ـ الدبر.

٨ ـ مسام الجلد، من الرأس وحتى القدمين.

أما الفم والأنف فهو محل اتفاق بين الفقهاء على أنها منافذ معتبرة في الإفطار؛ لأنها طريقٌ إلى الحلق، أما الفم فهو من الظهور ما لا يحتاج معه إلى بيان.

وأما الأنف فظاهر أيضاً، ويدل عليه الحديث المشهور عن لقيط بن صبرة رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: (بالغ في الاستنشاق إلا أن تكون صائماً)[1]، فدلّ على أنه منفذ للحلق.

المنافذ عند الحنفية:

يرى الحنفية أن المنافذ المعتبرة، هي المخارق الأصلية: الفم، والأنف، والأذن، والدبر، وأخرجوا العين[2].

(١) أخرجه أبو داود (١٤٢)، والترمذي (٧٨٨)، والنسائي (٨٧)، وابن ماجه (٤٠٧)، وأحمد (٣٢/٤، ٣٣)، وله طرق، وروي مختصراً ومطولاً، ولذا تجده مفرقاً في أكثر من موضع في مصادر التخريج. وقد صححه جمعٌ من الحفاظ، منهم: الترمذي، وابن خزيمة (٧٨/١)، وابن حبان (٣٣٣/٣)، والحاكم (١٤٧/١)، وابن الجارود (٨٠)، والبغوي وابن القطان (كما في التلخيص الحبير ٨١/١)، والنووي (شرح مسلم ١٠٥/٣)، وابن حجر (الإصابة ٦٨٥/٥).

(٢) بدائع الصنائع (٩٣/٢، ١٠٦).

وذهب لهذا بعض المعاصرين[(١)].

المنافذ عند المالكية:

ويرى المالكية أن المنافذ المعتبرة، هي المنافذ العالية سواءً كانت واسعة أم لا: كالفم، والأنف، والأذن، ومسام جلد الرأس. وكذلك المنافذ السافلة، لكن يشترط فيها أن تكون واسعة: كالدبر، وقبل المرأة. بخلاف الإحليل والجائفة وهي الخرق الصغير[(٢)].

المنافذ عند الشافعية:

أما الشافعية فيرون المنافذ المفتوحة هي المعتبرة، فيخرجون مسام الجلد[(٣)].

المنافذ عند الحنابلة:

ولم أقف للحنابلة على وصف، وإنما على عدّ، ولا يرون تلازماً بين اعتبار المنفذ، وكونه منفذاً معتاداً، ولذا أدخلوا في المنافذ: العين، والأذن، والدبر.

بل جعلوا مداواة الجرح، وغرز آلة في الجوف، منفذاً يفطر الداخل منه[(٤)].

المنافذ عند الظاهرية:

وعند داود الظاهري أن المنفذ المعتبر في الصيام (الفم) فقط[(٥)].

---

(١) الشيخ مصطفى الزرقا، ووصفها بأنها (منفذ خَلْقي). ينظر: فتاوى مصطفى الزرقا (ص١٧٣).

(٢) ينظر: حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٥٢٣/١، ٥٢٤).

(٣) ينظر: المجموع (٣٢١/٦).

(٤) ينظر: الفروع (٥/٥ ـ ٧).

(٥) نقله عنه ابن مفلح في الفروع (٥/٥) قوله: لا يفطر بواصل من غير الفم؛ لأن النص إنما حرم الأكل والشرب والجماع.

قال ابن حزم: (إنما نهانا الله تعالى في الصوم عن الأكل، والشرب، والجماع، وتعمّد القيء، والمعاصي، وما علمنا أكلاً ولا شرباً يكون على دبر، أو إحليل، أو أذن، أو عين، أو أنف، أو من جرح في البطن، أو الرأس، وما نهينا قط عن أن نوصل إلى الجوف بغير الأكل والشرب ما لم يحرم علينا إيصاله)[1].

ترجيح الباحث:

إن تحديد المنافذ المعتبرة في الإفطار، مرتبط بما قدمناه سابقاً، في تحديد دائرة الإفطار، في الأكل والشرب، حقيقة وحكماً.

فما كان داخلاً عن طريق المنفذ الأصلي (الحلق)، سواءً كان من الفم أو الأنف، فهو مفطر، ويكون منفذاً معتبراً.

وأرى أن (الاعتياد) متلازم مع (الاعتبار)، فما كان منفذاً معتاداً للطعام والشراب، كان منفذاً معتبراً يتعلق به الحكم الشرعي في الإفطار.

كما أن رأي الطب الحديث لا بد أن يجري مجراه هنا، ولذا فإني أوافق بعض الأصوات الغيورة التي نادت بأن القطع الطبي باعتبار هذا الشيء منفذاً أم لا، يرفع الخلاف المتقدم عند الفقهاء[2].

وتأسيساً على ذلك، فإن الأذن، والعين، والإحليل (مخرج البول من الرجل والمرأة)، وقُبُل المرأة، والدبر، ومسام الجلد من جميع الجسد؛ ليست منافذ معتبرة للإفطار.

- **هل الأوردة الدموية من الجوف المعتبر، أو المنافذ المعتبرة؟**

هذا سؤال أفرزته الحياة المعاصرة، والتقدم الطبي الحديث، في وجود الحقن والعقاقير الطبية، وقد طرح هذا التساؤل أحد الباحثين[3]،

---

(١) المحلى (٦/٢١٤).

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٢/٤٠٤) مداخلة د.عبد السلام العبادي.

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٢/٣٦٣)، وقارن مع: (٢/٣٩٥).

ويطلب إجابة الطب المعاصر فيه، ولم أقف على من أجاب عنه.

ومن خلال العرض السابق، يمكن أن أسجل هنا رأياً، من باب التفقّه والتنظير، لا الجزم والتقرير، وهو أن هذه الأوردة ليست داخلة في مفهوم الجوف[1] في باب الصيام، الذي عناه الفقهاء، وليس هو بطبيعة الحال، داخلاً أيضاً في معنى الجوف الذي سبق أن رجحناه.

كما أنها ليست منفذاً معتاداً للطعام والشراب الحقيقي للإنسان الصحيح، غير أنه مع تقدم الطب الحديث، باتت الأوردة طريقاً للطعام والشراب الحكمي للإنسان المريض، من خلال الحقن المغذية، بجامع الاكتفاء بها، والاستغناء عن الأكل والشرب بوجودها.

إن ثمة مرضى، رفعهم الله بعافيته، من أصحاب الحوادث الشديدة، والشلل المزمن، أو الإعاقات المتقدمة؛ استمروا ولا زالوا يعيشون على تلك الحقن المغذية مُدداً متطاولة، وقد وقفت على حالة منها في مستشفى النقاهة في الرياض، يعيش عليها منذ أكثر من (٢٢) سنة، والله المستعان.

أعود فأقول: هل هذا يدعو إلى الحكم بكون هذه الأوردة منفذاً معتاداً، وبالتالي:

كل داخلٍ فيها يكون مفطراً؟

هذا ما سنبينه، ونسعى لتجليته في المبحث السادس، إن شاء الله تعالى.

***

(١) أخرج النسائي (٥٦٦٨) وغيره، عن ابن عمر قال: (من شرب الخمر فلم ينتشِ، لم تقبل له صلاة ما دام في جوفه أو عروقه منها شيء). ولا يظهر لي أن المقصود بالعروق هنا (الأوردة الدموية) كما هو المصطلح الطبي، وإنما بطن الإنسان وأمعاؤه، والله أعلم.

المبحث الرابع
اعتبار رأي الطبيب المعالج وشروطه

إن المفتي في مسألةٍ ما، تستدعي مزيد خبرة واختصاص، لا علاقة بها بالعلم الشرعي في الغالب، وإنما بالعلم التجريبي، أو الفني، أو المهني، ونحو ذلك، هو بمثابة القاضي في الأحكام، يلزمه الرجوع للخبراء، واستشارة أهل الفن والمعرفة.

قال تعالى: ﴿وَلَا يُنَبِّئُكَ مِثْلُ خَبِيرٍ﴾[1].

فلا يخبر المرء بحقيقة الأمر، وبواطنه وغوامضه، مثل من هو عالم بدقائقه، بصير بتفاصيله، ومن كانت هذه حاله وجب الرجوع إليه في ذلك، فالحكم على الشيء فرع عن تصوره، كما هو مقرر في الأصول.

قال الماوردي: (يرجع الحاكم[2] في التقويم[3] إلى غيره؛ لأن لكل جنسٍ ونوعٍ: أهل خبرةٍ، وهم أعلم بقيمته من غيرهم)[4].

وعقد ابن فرحون في تبصرة الحكام باباً في القضاء بقول أهل المعرفة، وقال: (ويجب الرجوع إلى قول أهل البصر والمعرفة)[5].

وتبعه على ذلك الطرابلسي الحنفي في معين الحكام[6].

---

(١) فاطر: ١٤.
(٢) أي: القاضي، ومثله: المفتي.
(٣) وغيره، مما يحتاج فيه إلى خبير وعالم به.
(٤) الحاوي (١٦/٢٠١).
(٥) (٢/٧٢).
(٦) (ص ١٣٠).

ومما يشهد لذلك في السنة؛ اعتبار قول القائف لخبرته وعلمه بهذا الفن.

يقول ابن القيم معلقاً على الاستناد إلى القافة: (والقياس وأصول الشريعة تشهد للقافة؛ **لأن القول بها حكمٌ يستند إلى دزك أمورٍ خفية وظاهرة، توجب للنفس سكوناً؛ فوجب اعتباره، كنقد الناقد، وتقويم المقوّم**)[1].

فتبين مما تقدم أن المفتي في بعض المسائل، لا يستطيع أن يحرر فتوّى، أو يصدر حكماً شرعياً، بدون تصور المسألة، وإفادة أهل الاختصاص له في ذلك.

ومن ذلك ما طرأ في الطب الحديث، من كثير من الأدوية والعقاقير، وما حصل أيضاً من تنوّع للأمراض وتجددها، وتفاوت أحوالها من حيث الخطورة والتوسط والاعتدال، مما لا يمكن معها إصدار وصفٍ منضبطٍ لها من غير الأطباء المتخصصين في هذه المجالات.

وقد ذهب كثير من الباحثين المعاصرين، إلى أن الأمر في ذلك يعود لتقدير الطبيب ورأيه، في كثير من الحالات، مهما أصدرنا أحكاماً إجمالية، أو أُطراً عامة[2].

وهذا حق، لا ينبغي أن يكون مجالاً للخلاف عليه.

فالحكم على المريض بأن الصوم يضره، أو يؤثر فيه؛ يحتاج إلى طبيب عالج ذات المريض، وتابع حالته التي هو عليها، فتلك قضايا أعيان وأفراد.

---

(١) الطرق الحكمية (ص٢١٩).

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (١٨٥/٢، ٢٧٥، ٢٨٠، ٢٨١، ٤١٣). وكان مفتي الديار السعودية، ورئيس قضاتها، سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ رحمه الله (ت ١٣٨٩هـ)، ممن يرجع إلى أهل الخبرة من الأطباء، بل وينقض أحكام من دونه من القضاة، مستنداً إلى رأي الأطباء. يراجع: فتاوى الشيخ محمد بن إبراهيم (٢٢٣/١١ ـ ٢٢٥).

يقول أحد الباحثين الأطباء، بعد أن فصّل أحوال مريض السكري مع الصيام: (وبصفة عامة، فإن السماح بالصيام أو عدمه، إضافة إلى تنظيم الدواء وأوقات تناوله، يعود إلى الطبيب المعالج دون غيره)(١).

وقال بعد أن تحدث عن حال الحامل والمرضع مع الصيام: (لا يمكن إطلاق قول حاسم على كل الحوامل والمرضعات، بحيث نقول: إن هناك حامل أو مرضع تستطيع الصيام، وأخرى لا تقدر عليه)(٢).

وقال في خاتمة جزلة لبحثه: (إن تقرير إمكانية الصيام أو عدمه ليس بالأمر السهل، ولا يمكن تقرير قواعد عامة لجميع المرضى، بل ينبغي بحث كل مريض على حدة، ولا يتيسّر ذلك الأمر إلا للطبيب المسلم المختص)(٣).

وكل ما تقدم يؤكّد شأن الرجوع إلى الطبيب، واعتبار قوله، والاستناد إلى رأيه واجتهاده.

إلا أن ذلك ليس حكماً مطلقاً، بل لا بد من توافر شروط، إذا قامت في الطبيب، وجب الرجوع له، منها:

١ ـ **الصدق والأمانة.**

٢ ـ **الحذق والمهارة.**

٣ ـ **الإسلام.**

وقيل: لا يشترط أن يكون مسلماً، فيجوز ولو كان كافراً.

٤ ـ **الذكورة.**

وقيل: لا تشترط الذكورة، فتكفي الطبيبة.

---

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٢/٢٧٥) بحث د.حسان شمسي باشا، وكذلك كتابه: الدليل الطبي والفقهي للمريض في شهر الصيام (ص٩٠).

(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٢/٢٨٠) السابق.

(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٢/٢٨١) السابق.

٥ ـ العدد.

وقيل: لا يشترط العدد، فيكفي فيه الواحد.

ومنشأ الخلاف في المسائل المتقدمة(١):

هل (الخبرة) من باب الشهادة أم الرواية؟

- فمن ذهب إلى أنها من باب الشهادة اشترط لها الإسلام، والذكورية، والعدد اثنين.

وقال بهذا بعض العلماء(٢).

- ومن رأى أنها من باب الرواية، أجاز الاستفادة بخبرة الكافر، والمرأة، واكتفى بواحد. وهو اختيار آخرين.

كابن القيم(٣)، وبعض المالكية(٤).

وذهب إليه جمعٌ من العلماء المعاصرين(٥).

---

(١) ينظر تحريرٌ لهذه المسألة، في أول فرقٍ من كتاب الفروق للقرافي (٤/١ ـ ١٧)، حيث جعل الخبر ثلاثة أقسام:
١ ـ رواية محضة؛ كالأحاديث النبوية.
٢ ـ شهادة محضة؛ كإخبار الشهود عن الحقوق.
٣ ـ مركب من الشهادة والرواية. وجعل تحت القسم الثالث عدداً من الصور، منها بعض الخبراء، وسبب الخلاف فيها هذا التركيب.

(٢) ينظر: تبصرة الحكام (٢١/٢) وتبعه في معين الحكام (ص١١٧)، المغني (٢٧٣/١٤ ـ ٢٧٤). وتخففوا من هذه الشروط عند الضرورة.

(٣) الطرق الحكمية (ص١٢٨).

(٤) عقد ابن فرحون باباً في القضاء بقول رجل بانفراده، وما يجري مجرى ذلك، وفرّع تحته جملة من الصور، منهم بعض الخبراء (كالطبيب، والمترجم، والخارص، والملاح...). ينظر: تبصرة الحكام (٢٢٩/١ ـ ٢٣٥).

(٥) كالشيخ محمد بن عثيمين رحمه الله في الشرح الممتع (٣٢٩/٦) والاستدلال الآتي بحديث البخاري منه، وهو ظاهر اختيار سماحة الشيخ عبد العزيز بن باز رحمه الله، واللجنة الدائمة للفتوى، وهيئة كبار العلماء في السعودية في قرارٍ لها، ونصت في أحد مضامينه، على الاستناد على خبر **طبيب أمين حاذق**، في إمكانية الصيام من عدمه. ينظر: فتاوى ابن باز (٢٩٦/١٥). ولم تذكر غيره من قيود.

وفيما يظهر أن الشرطين الأولين كافيان، وهما الصدق والأمانة، والحذق والمهارة، ولا يضير بعد ذلك كونه كافراً، أو امرأة، أو واحداً، وما من شك أن الطبيب المسلم أفضل، واتفاق طبيبين أبلغ من الواحد، وأبعد عن الغلط والوهم.

ولا يخفى ما في اشتراط هذه الشروط مجتمعة، من ضيق وعنت، لا يقوى عليه كثيرٌ من المفتين، فضلاً عن المرضى المحتاجين لمن يرشدهم، ويبين لهم الحكم اللائق بحالتهم المرضية، وكيف نطالبهم وهم على هذه الحال من الضعف، بطبيبين رجلين مسلمين، مع ما هو معلوم من انتشار مهنة الطب والتمريض بين النساء، وندرة توافر طبيبين يعاينان حالة واحدة من المرضى.

فهذا النبي ﷺ استعان بخبيرٍ كافر، في ظرفٍ حالك، وأمرٍ عصيب، ولم يمنعه كفره، من الاستعانة به، والوثوق برأيه، وذلك عندما هاجر من مكة إلى المدينة.

فقد أخرج البخاري من حديث عائشة رضي الله عنها: أن النبي ﷺ، ومعه أبو بكر، استأجر رجلاً هادياً خرّيتاً، والخريت: **الماهر بالهداية**، وهو على دين كفار قريش، **فأمِنَاه**؛ فدفعا إليه راحلتيهما، فأخذ بهم أسفل مكة، وهو طريق الساحل(١).

ويظهر من الحديث، أهمية شرطي: (الصدق والأمانة، والحذق والمهارة).

بقي أن يُضاف هنا، أن الطبيب يمكن له مع إنارة الطريق للمفتي؛ أن يرشد المريض بنفسه، إذا كان لديه من العلم الشرعي في مجال الصيام والرُّخص الشرعية، ما يؤهّله لذلك، فمن المتقرر عند المحققين من أهل العلم جواز تجزؤ الاجتهاد.

---

(١) برقم (٢٢٦٣). وتبويب البخاري يدل على أن ذلك إنما جاز للضرورة، حيث بوّب فقال: (بابٌ: استئجار المشركين عند الضرورة، أو إذا لم يوجد أهل الإسلام، وعامل النبي ﷺ يهود خيبر).

ولا شك أن إسناد الحكم الشرعي إلى أهله أولى، مُكتفين من أهل الطب والتطبيب؛ تبصيرَ المفتين والفقهاء، بما يحتاجونه من دقائق المهنة الطبية وتفاصيلها، في الحالات المرضية التي تتطلب بيان حكم فقهي، أو فتوى شرعية.

وإنما قصدت من هذه الإضافة؛ لفت انتباه الباحثين، وأنظار المجتهدين، إلى أن ثمة حالات قد تضيق على المريض المستفتي، ولا يجد أمامه من خيار سوى استفتاء الخبير، وهو الطبيب المختص.

وهذا يجعل التبعة على الأطباء الفضلاء أكبر، في سعيهم إلى التفقه في شرع الله تعالى، ما يكفي تأهيلهم لذلك، مُستشعرين مكانتهم، وحاجة الناس لهم.

***

المبحث الخامس
قضاء المريض للصوم وأحواله

لا خلاف بين أهل العلم في أن من أفطر في رمضان لعذر، أن عليه القضاء؛ لأن الصوم كان ثابتاً في ذمته، فلا تبرأ منه إلا بأدائه، وهو لم يؤده بعد(١).

والمريض مرضاً يباح له الفطر، كما قدمنا تفصيله، له في مقام القضاء حالان:

١ - أن يكون مريضاً لا يُرجى برؤه:

وهو من به مرض، يحكم الأطباء بصعوبة شفائه، أو استحالة ذلك، وغالباً ما يكون هذا في الأمراض المستعصية، أو مرضٍ في مراحلِهِ المتأخرة. ومن ذلك بعض حالات مرض السكري.

ويكون الصوم ـ مع مرضه ـ لا يستطيعه إلا بضررٍ ومشقة، وذلك في جميع فصول السنة، فلا يقوى عليه لا أداءً ولا قضاءً؛ فهذا حكمه أن يُفطر، ويطعم عن كل يومٍ مسكيناً، وهذا قول جمهور الصحابة والعلماء(٢).

فإن شاء الله وشُفي، وقَدِر على الصيام، فهل نُلزِمه بذلك؟

ذكر ابن قدامة فيه احتمالين(٣):

---

(١) المغني (٣٦٥/٤).

(٢) البحر الرائق (١١٦/٤)، المجموع (٢٥٥/٦)، المغني (٣٩٦/٤).

(٣) ينظر: المغني (٣٩٦/٤ ـ ٣٩٧)؛ وينظر منه أيضاً (٢١/٥) في العاجز عن الحج ثم عُفي بعد أن استناب من يحج عنه، هل يجب عليه حج آخر أم لا. ويراجع قواعد ابن رجب (٣٩/١ ـ ٤٢) ط. مشهور، فقد ذكر قاعدة تعين المجتهد في تصور المسألة ونظائرها، فقد قال في القاعدة السابعة: (من تلبس بعبادة، ثم وجد قبل فراغها ما لو كان واجداً له قبل الشروع لكان هو الواجب دون ما تلبس به؛ =

الأول: أنه لا يلزمه؛ لأن ذمته قد برئت بأداء الفدية التي كانت هي الواجب عليه، فقد أتى بما أمره الله به على الوجه المشروع، فلا يُكلّف فوق ذلك.

الثاني: أنه يلزمه القضاء؛ لأن الإطعام بدل عن الصيام، ولا يجزئ الاكتفاء بالبدل مع وجود المبدل منه.

والأول أقوى؛ لقوة مأخذه ومنزعه.

وفي ذلك جملة من النظائر، ينسحب عليها حكم واحد، حريٌّ بالفقيه أن يتأملها كثيراً، قبل إصدار حكم فيها؛ لئلا تضطرب أقواله وفتاويه.

٢ ـ أو يكون مريضاً يُرجى برؤه:

وهذا تحته أحوال:

- كالمريض الذي فاجأه المرض في رمضان، فيستطيع الصوم قضاءً حال شفائه منه.
- ومنه المريض مرضاً مزمناً، لكنه يستطيع الصوم في بعض فصول السنة دون بعضها الآخر، فهذا يفطر ويقضي في الأوقات التي لا تشق عليه.
- ومنه المريض الذي تتجدد حالة مرضه وتتردد بين الخطورة ودونها، فهذا يفطر في حال اشتداد حالته، ويقضي في حال خفتها وهدوئها.

ونحو ذلك من الصور.

= هل يلزمه الانتقال إليه أم يمضي ويجزئه). ثم قال: (هذا على ضربين:
١ ـ أن يكون المتلبس به رخصة عامة شرعت تيسيراً على المكلف وتسهيلاً عليه مع إمكان إتيانه بالأصل على ضرب من المشقة والتكلف.
٢ ـ أن يكون المتلبس به إنما شرع ضرورة للعجز عن الأصل وتعذره بالكلية).
ثم قال: (وهاهنا مسائل كثيرة مترددة بين الضربين).

والحكم فيه أن له الفطر، ولا يجب في حقه إطعام، **بل الواجب في حقه الانتظار حتى يقدر على الصيام**، أو يتحرى الأوقات والأحوال التي يستطيع معها قضاء الصوم.

يقول ابن قدامة رحمه الله: (فإن رجا المريضُ البرء؛ فلا فدية عليه، والواجب انتظار القضاء، وفعله إذا قدر عليه، لقوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾[1]، وإنما يُصار إلى الفدية عند اليأس من القضاء)[2].

* * *

(١) البقرة: ١٨٤.
(٢) المغني (٣٩٦/٤).

المبحث السادس
الضوابط الشرعية لـــ: (المريض)، و(المرض)، و(الدواء)، في مجال الصيام

لقد دعا جملة من الباحثين[1] للاتجاه إلى التأصيل العلمي، ووضع الأطر والضوابط والمعايير الشرعية، في موضوع المفطرات في مجال التداوي، التي يمكن أن يهتدي بها الباحث والفقيه والمفتي، ويصدر عنها في أقواله وأحكامه وفتاويه.

وهذا المسلك أنفع بكثير من سرد الأمثلة والصور؛ وذلك لاختلاف المجتهدين، وتنوع المخترعات الطبية الحديثة وتجددها، التي تختلف في تركيباتها، وأشكال تعاطيها، اختلافاً يؤثر في الحكم الشرعي، مما لا يدركه إلا الفقهاء والباحثون.

ومن أشد ما يُشكل؛ استمرار العوام وأنصاف المتعلمين؛ الاعتماد على فتاوى سابقة، أو قرارات مجمعية، في الحكم بتفطير هذا أو ذاك، غير مدركين لحقيقة التحول التي طرأت في صفة الدواء أو طريقة تناوله.

ولذا فأعيد التأكيد على ما قررته في مقدمة البحث، من ضرورة اتجاه هذا المجمع الموقر، إلى اعتماد ضوابط شرعية في ذلك، حين إصداره قراراً في الموضوع.

وهذه محاولة من الباحث في ذلك، استفدتها من التأصيل المتقدم للبحث، وما ذكره الفقهاء والباحثون، من تقارير وتعاليق متينة، جاءت في ثنايا بحث موضوع (المفطرات في مجال التداوي)، التي تناولها

---

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٢/٣٦٧، ٣٨٨، ٤٠١، ٤٠٤، ٤٠٨، ٤١٨).

المجمع بالبحث والنقاش، في دورة سابقة[1].

فأقول وبالله التوفيق:

● لا بد في الحكم بجواز الإفطار أو وقوعه، من عدمهما؛ من مراعاة الضوابط التالية:

أولاً: المرض والمريض:

١ ـ المريض الذي لا يقدر على الصوم بحال؛ يجب عليه الإفطار.

٢ ـ المريض الذي لا يقدر على الصوم إلا بمشقة غير معتادة؛ يجوز له الإفطار. سواء نتج عن هذه المشقة تأخر البُرء، أو مضاعفة المرض.

٣ ـ المرض الذي يُخشى (يقيناً أو غالباً) حصوله بسبب الصيام؛ يجوز معه الإفطار.

٤ ـ المريض الذي تحصل له مشقة محتملة معتادة بسبب الصيام؛ لا يُباح له الإفطار.

ثانياً: الدواء:

٥ ـ كل ما كان في حكم الأكل والشرب، صورةً أو معنى؛ فهو مُفطّر.

صورة: أي ما كان عن طريق المنفذ المعتاد (الفم والأنف).

ومعنى: بحيث يستغنى به مطلقاً عن الطعام والشراب.

ففي حكم الأكل والشرب صورةً: تناول الأقراص والكبسولات

---

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (١٧٢/٢ ـ ١٧٤، ٢٥٥، ٢٨٧، ٢٨٨، ٣٦٧، ٣٧٣، ٣٧٦، ٣٧٩، ٣٨١، ٣٨٧، ٣٨٨، ٣٩١، ٣٩٦، ٤٠٥، ٤٠٧، ٤٠٨، ٤١٢، ٤١٨، ٤٢١، ٤٣١). ويراجع: الموسوعة الفقهية (٢٩/٢٨ ـ ٣٢).

الطبية، وبلع الحصاة، وأكل التراب والرماد، فلا يشترط أن يكون أكلاً معتاداً، بل يكفي توافر صورة الأكل أو الشرب فيه.

وفي حكم الأكل والشرب معنًى: الحقن والعقاقير المغذية، التي تقوم مقامهما، في حال الاكتفاء بها، وغالباً ما تكون مقصودة لذاتها.

فيخرج من هذا المواد المصاحبة لبعض الحقن، أو التحاميل، أو اللصوقات، وتحوي قيمة غذائية، كالماء أو السكر؛ فإن هذه لا تفطر؛ لأنها ليست أكلاً؛ لا صورةً (وهذا ظاهر)، ولا معنًى (فلا يمكن الاستغناء بها عن الأكل والشرب). وسيخرجها قيد آخر، كما سيأتي.

٦ ـ الجوف المعتبر في مجال الصيام: (معدة) الإنسان، فكل دواءٍ داخلٍ إليها؛ فهو مُفطّر.

لأن الداخل إليها لا يخلو:

- أن يكون أكلاً وشرباً **حقيقةً**، وهذا قد وقع الإجماع على أنه مفطر.
- أن يكون أكلاً وشرباً **صورةً**، كتناول الأقراص الطبية العلاجية.
- أن يكون أكلاً وشرباً **صورةً ومعنًى**، وهذا يتصوّر فيما لو كان ثمة أقراص طبية، أو كبسولات، يستغني فيها المريض عن الأكل والشرب. فهذه الحبوب ليست أكلاً حقيقياً، ولكنها في حكمه؛ لاجتماع الصورة والمعنى فيه.

٧ ـ الدواء الداخل إلى المعدة، لا بد أن يكون مستقرًا فيها؛ ليكون مفطراً.

وإنما شرطنا الاستقرار، كما تقدم في قول بعض الفقهاء؛ ليتحقق حكم الأكل والشرب فيه.

فيخرج بهذا القيد: منظار المعدة مثلاً، فهو لا يستقر فيها.

٨ ـ كل دواءٍ داخلٍ للمعدة، مستقرّ فيها، لا بد أن يخرج عن حدود اليسير جداً، والمعفو عنه شرعاً؛ ليكون مُفطراً.

وإنما اشترطنا هذا القيد، لوجود قرائن شرعية تدل على هذا، فقد قررنا أن العلة الجامعة لمفسدات الصيام، هي: كل ما كان في حكم الأكل، والشرب، والجماع؛ صورةً ومعنًى.

وقد رأينا الشارع قد سهّل في اليسير مما يدخل في ذلك، ففي الأكل والشرب: تسامح في دخول أجزاء يسيرة جداً من الماء إلى المعدة من أثر المضمضة في الوضوء.

ومما يؤكد ذلك طبياً أن المرء لو مضمض بماء موسوم بمادة مشعة، لاكتشفناها في المعدة بعد قليل، مما يدل على أن ثمة قدراً يسيراً يُعفى عنه في ذلك[١].

ومما وقع في نفسي أيضاً أن تقبيل الصائم لزوجته، فيه معنى الجماع بجامع قضاء الشهوة، ومع ذلك أباحه الشارع، مما يعضّد هنا أن اليسير معفو عنه.

وبهذا التقرير، يتبين إخراج ما يضاف للمنظار من ملينات، وما يدخل مع بخاخ الربو، أو قطرة الأنف، أو الأقراص اللسانية لعلاج الذبحة الصدرية.

كما سيخرج المواد المصاحبة لبعض الحقن أو التحاميل أو اللصوقات، وتحوي قيمة غذائية، كالماء أو السكر؛ لأنها وإن كانت كذلك، فإنها يسيرة فيُعفى عنها، بدليل أن الصائم لا يمكنه الاستغناء بها عن الطعام والشراب.

٩ - المنافذ المعتبرة في الإفطار، هي المنافذ المعتادة للأكل والشرب حقيقة.

وهما الفم والأنف.

ولا يعني هذا عدم تفطير شيءٍ غير ما يدخل فيهما، فقد سبق أن

(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٢/٢٨٧) بحث الطبيب محمد هيثم الخياط، وهو بحثٌ لم يتجاوز ست صفحات، وفيه من الرصانة العلمية، والعمق الطبي، والدراية الشرعية؛ ما يفوق الوصف. فجزاه الله خير الجزاء.

الفطر يصدق على ما قام مقام الطعام والشراب، بحيث يكون في حكمه معنًى، كما هو الحال في الحقن المغذية، فهي مفطرة؛ لا لأن الأوردة الدموية، جوف معتبر، أو منفذ معتاد، وإنما لقيامها مقام الأكل والشرب.

١٠ - كل دواءٍ داخلٍ من غير المنفذ المعتبر، ووُجد طعمه في حلق الإنسان، فهو غير مؤثر.

وهذه من عبارات الفقهاء[(١)]، التي لم يقبلها الطب الحديث؛ لأن الحلق ليس محلاً للذوق، وإنما أقصى حليمات الذوق في آخر اللسان، واللسان جزء من الفم.

ووصولُ شيءٍ إلى الفم غير مفطر، كما هو الحال في المضمضة، وذوق الطعام[(٢)].

هذا وقد ذكر عدد من الباحثين ضوابط للإفطار، ليست ظاهرة لي والله أعلم، ولذا لم أعتدّ بها، ولم أنظمها في الضوابط التي ارتضيتها وقررتها.

- من ذلك ضابط: التقوية، فكل ما كان يقوي الإنسان فهو مفطر[(٣)].
- ومن ذلك ضابط: خرق حاجز الإمساك[(٤)].
- ومن ذلك شهوة المزاج (الكيف)[(٥)].

---

(١) وهي قولهم: لو اكتحل، أو لطّخ باطن قدمه، فوجد طعمه في حلقه؛ أفطر.
(٢) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٢/٢٨٨، ٣٩٩) بحث الطبيب الخياط.
(٣) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٢/٣٦٨، ٤٠٧، ٤٠٨، ٤٢١).
(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٢/٣٧٥ - ٣٧٦).
(٥) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٢/٧٩، ٨١) بحث ا.د.جبر الألفي، وأبدى الاعتراض عليه عدد من المداخلين، ينظر مثلاً (٢/٤٢٦) مداخلة الخليلي.

وإنما لم أر اعتبارها، لما قررته في ثنايا البحث، من أن العلة الجامعة لمفسدات الصيام، هي: كل ما كان في حكم الأكل، والشرب، والجماع، وليس كل مقوّ، يكون في حكمهما.

كما أن ليس كل خارقٍ لحاجز الإمساك، أو ما يُشبع شهوة المزاج؛ يكون مفطراً، إذ في ذلك توسيعٌ لمفهوم المفطرات، وهو ما لم يرتضه عدد من المحققين كشيخ الإسلام ابن تيمية، وقبله أبو محمد ابن حزم، رحمهما الله تعالى.

وقد سبق بيان ذلك، وذكر الراجح في موطنه.

والله تعالى أعلم[(١)].

* * *

---

(١) ثمة تنبيهان:

التنبيه الأول: الباحث متوقف في طرد الضابط الأول، على (الجماع)، وهو أن كل ما كان في حكم الجماع صورة أو معنى فهو مفطر. ففي حكمه معنًى (الاستمناء)، وفي حكمه صورةً (إدخال المنظار المهبلي، وإصبع الطبيب)، وفي حكمه صورةً ومعنًى: (إدخال الإصبع على وجه التلذّذ). وأنا أستشكل صورة الجماع بلا معنى كـ (المنظار المهبلي، وإصبع الطبيب)، فلم أطمئن إلى القول بتفطيره، وإن كان القول به لازم لاطراد القاعدة.

أما الدواء الذي يحقن عن طريق الدبر أو الإحليل، فإن كان القصد منه التغذية، فهو مفطر لأنه في معنى الأكل. وإن لم يكن كذلك، فلا يفطر، حتى لو صحبه مواد ذات قيمة غذائية؛ لأمرين:

١ ـ كونها يسيرة.

٢ ـ وغير مقصودة.

التنبيه الثاني: ليس لدي ما أطمئن إليه في علة (الخارج من الجسد)، والذي ورد شرعاً: الاستقاء، والحجامة (على القول بأنها مفطرة). أما الاستمناء فهذا يقال فيه: إنه في معنى الجماع، بجامع قضاء الشهوة.

فلا يظهر لي علة، وإنما الوقوف على النص، وعدم القياس. فثمة ما يخرج من جسد الصائم مما لا يفطر معه بالإجماع، وأكثرها فضلات: كالبول، والغائط، والمخاط، واللعاب، ودم الجروح؛ مما يقوي أن العلة تعبدية غير معقولة المعنى. والله أعلم.

المبحث السابع
دراسة تطبيقية لمرض السكري

المطلب الأول
تعريفه وماهيّته

السكري هو مرض مركب (متلازمة)، يتميز بارتفاع مزمن في سكر الدم، نتيجةً لتضافر عوامل بيئية ووراثية متعددة.

و(الأنسولين) هو هرمون بروتيني، يُفرَز من خلايا (بيتا)، من خلايا تعرف بجزر (لانجرهانز)، نسبةً للطبيب الذي اكتشفها، وهي في غدة البنكرياس.

وهو المنظم الرئيس لسكر الدم[١].

ينتج مرض السكري عن فقدان هرمون (الأنسولين)، أو عن قلة كميته، أو قلة استجابة خلايا الجسم له في كثيرٍ من الحالات.

وهرمون (الأنسولين) له فاعلية أساسية في عمليات الاستقلاب والتعامل مع الغذاء بشكل عام، ومع السكر بشكل خاص، لإنتاج الطاقة اللازمة للجسم، وبناء الأنسجة المختلفة.

ويؤدي فقدانه (الكمي أو النوعي) إلى تراكم السكر في الدم بدرجات لم تعتد عليها أنسجة الجسم، مما يتسبب في إحداث اختلالات عديدة، قد تظهر على المدى القريب أو البعيد[٢].

---

(١) ينظر: الداء السكري ـ دليل مريض السكري في الوقاية والعلاج، د.عبد الله أحمد جنيد (ص٤٢)، الدليل الطبي والفقهي للمريض في شهر الصيام، د.حسان شمسي باشا (ص٧٥)، أحكام الأدوية في الشريعة الإسلامية، د.حسن الفكي (ص٣٢٦).

(٢) ينظر: قرار الندوة الطبية الفقهية التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، بتاريخ ١٤٢٩/٤/٢هـ، لدراسة موضوع (مرض السكري وصيام رمضان).

المطلب الثاني
أنواعه

يندرج تحت مرض السكري عدة أنواع، تختلف عن بعضها البعض اختلافاً كبيراً في الأسباب وطرق العلاج، وهي على النحو التالي:

١) السكري من النوع الأول (Diabetes Mullahs Type 1).

٢) السكري من النوع الثاني (Diabetes Mellitus Type 2).

٣) سكري الحمل (Gestational Diabetes).

٤) أنواع أخرى:

١ ـ السكري الناتج عن بعض أمراض البنكرياس.

٢ ـ السكري الناتج عن اختلالات هرمونية، لا سيما في الغدد النخامية، والكظرية، وخلايا في البنكرياس.

٣ ـ السكري الناتج عن بعض الأدوية.

٤ ـ أنواع أخرى نادرة[(١)].

❋ ❋ ❋

المطلب الثالث
التصنيف الطبي للحالات المرضية لمرضى السكري

يقسّم عدد من الباحثين الأطباء، حالات مرضى السكري، باعتبارات مختلفة؛ منها اعتبار نوعية الدواء الذي يتعاطاه مريض السكري، وتصنيف آخر باعتبار حالة المريض مع الصوم من حيث

---

(١) ينظر: القرار السابق للندوة الطبية الفقهية التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الدليل الطبي والفقهي للمريض في شهر الصيام، د.حسان شمسي باشا (ص٧٥ ـ ٨٠).

حصول مضاعفات على أثره من عدمها[1].

ومهما يكن من أمر، فإننا نقتصر هنا على ما يهمنا في البحث:

تصنف الحالات المرضية لمرضى السكري، من حيث التأثر من الصيام، إلى أربعة أصناف:

الصنف الأول:

المرضى ذوو الاحتمالات **الكبيرة جداً** للتعرض للمضاعفات الخطيرة نتيجة الصيام، بصورة **مؤكدة** طبياً، وتتميز أوضاعهم المرضية بحالة أو أكثر مما يأتي:

- حدوث هبوط السكر الشديد خلال الأشهر الثلاثة التي سبقت شهر رمضان.
- المرضى الذين يتكرر لديهم هبوط السكر وارتفاعه بالدم.
- المرضى المصابون بحالة (فقدان الإحساس بهبوط السكر)، وهي حالة تصيب بعض مرضى السكري، وخصوصاً من النوع الأول، الذين تتكرر لديهم حالات هبوط السكر الشديد ولفترات طويلة.

- المرضى المعروفون بصعوبة السيطرة على السكري لفترات طويلة.

- حدوث مضاعفة (الحماض السكري الكيتوني)، أو مضاعفة (الغيبوبة السكرية الأسمولية) خلال الشهور الثلاثة التي سبقت شهر رمضان.

---

(١) ينظر: (إرشادات لمريض السكر الصائم خلال شهر رمضان) تأليف: د.رؤوف الهمامي، د.طارق ياقوت، د.كمال إسحاق، (السكري وصوم رمضان) تأليف: د. مراد عبد الكريم المراد، منشور بالمجلة الطبية السعودية، عدد ٧١، رمضان ١٤١١هـ، كلاهما نقلاً من المصدر الآتي، الدليل الطبي والفقهي للمريض في شهر الصيام (ص٨٠ ـ ٨٨)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد العاشر (٢/٢٧٤ ـ ٢٧٥)، قرار المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، وذلك في الندوة الطبية المشار إليها.

- السكري من النوع الأول.

- الأمراض الحادة الأخرى المرافقة للسكري.

- مرضى السكري الذين يمارسون - مضطرين - أعمال بدنية عنيفة.

- مرضى السكري الذين يجري لهم غسيل كُلى.

- المرأة المصابة بالسكري أثناء الحمل.

الصنف الثاني:

المرضى ذوو الاحتمالات **الكبيرة نسبياً** للتعرض للمضاعفات نتيجة الصيام، بصورة **يغلب على الظن** وقوعها طبياً، وتتميز أوضاعهم المرضية بحالة أو أكثر مما يأتي:

- الذين يعانون من ارتفاع السكر في الدم كأن يكون المعدل (١٨٠ - ٣٠٠) مغم/دسل، (١٠ملم - ١٦.٥ملم)، ونسبة الهيموجلوبين المتراكم (المتسكر) التي تتجاوز ١٠٪.

- المصابون بقصور كلوي.

- المصابون باعتلال الشرايين الكبير (كأمراض القلب والشرايين).

- الساكنون بمفردهم، ويعالجون بواسطة حقن الأنسولين، أو العقارات الخافضة للسكر، عن طريق تحفيز الخلايا المنتجة للأنسولين في البنكرياس؛ خوفاً من الوفاة.

- الذين يعانون من أمراض أخرى، تضيف أخطاراً إضافية عليهم.

- كبار السن المصابون بأمراض أخرى؛ مثل: السرطان.

- المرضى الذين يتلقون علاجات تؤثر على العقل.

الصنف الثالث:

المرضى ذوو الاحتمالات **المتوسطة** للتعرض للمضاعفات نتيجة الصيام، ويشمل ذلك: مرضى السكري ذوي الحالات المستقرة،

والمسيطر عليها بالعلاجات المناسبة الخافضة للسكر، التي تحفز خلايا البنكرياس المنتجة للأنسولين.

الصنف الرابع:

المرضى ذوو الاحتمالات **المنخفضة** للتعرض للمضاعفات نتيجة الصيام، ويشمل ذلك: مرضى السكري ذوي الحالات المستقرة، والمسيطر عليها بمجرد الحمية، أو بتناول العلاجات الخافضة للسكر التي لا تحفز خلايا البنكرياس للأنسولين، بل تزيد فاعلية الأنسولين الموجود لديهم.

❋ ❋ ❋

المطلب الرابع
مدى توافر الضوابط الشرعية في الحالات المرضية المذكورة من حيث جواز الصيام من عدمه

يتحرّر ذلك من خلال النظر في مقامين:

المقام الأول: نوع المرض، وحال المريض:

يمكن توزيع حالات مرضى السكري، من حيث الصوم إلى ما يلي:

- من يقدر على الصوم بلا مشقة، مثل أصحاب الحالات المستقرة، أو ممن يمكن السيطرة على السكر لديهم، بمجرد تنظيم جيد لوجباتهم الغذائية فقط[(١)].

فهذا الصوم في حقه واجب، ولا يجوز له أن يفطر، حيث من الضوابط التي قررناها في المبحث السادس: (أن المريض الذي تحصل له مشقة محتملة معتادة بسبب الصيام، لا يُباح له الإفطار).

---

(١) ينظر: الدليل الطبي والفقهي للمريض في شهر الصيام (ص٨٠).

- من يقدر على الصوم بمشقة محتملة، مثل أصحاب الحالات التي يمكن السيطرة على السكر لديهم، من خلال استخدام عقاقير خافضة للسكر، تتمثل هذه العقاقير في أقراص طبية تؤخذ عن طريق الفم، سواءً كانت مرة واحدة، أو مرتين في اليوم[1].

ووجه المشقة هنا: أنه يحتاج إلى تعديل لمواعيد تناول الأقراص، لتكون في وقت الإفطار، مع تنظيم دقيق لوجباته الغذائية، واجتناب بعض الأنواع المؤثرة على حالته المرضية.

وحكمه الشرعي من حيث الصيام مثل السابق؛ لانطباق الضابط المذكور عليه.

- من يقدر على الصوم بمشقة غير محتملة، وهم أصحاب الحالات غير المستقرة، وغالباً ما يستخدمون حقن الأنسولين[2].

فهذا يجوز له الإفطار، حيث من الضوابط التي قررناها في المبحث السادس: (أن المريض الذي لا يقدر على الصوم إلا بمشقة غير معتادة، يجوز له الإفطار).

- حالات لا يقدرون على الصوم بحال[3]. فهؤلاء يجب عليهم الإفطار وجوباً لازماً؛ درءاً للضرر عن أنفسهم، والصوم في حقهم محرم[4].

كما يتعيّن على الطبيب المعالج، أن يبيّن لهم خطورة الصيام عليهم، والاحتمالات الكبيرة لإصابتهم بمضاعفات خطيرة على صحتهم وحياتهم، بصورة مؤكدة، أو يغلب على الظن وقوعها طبياً[5].

---

(١) ينظر: الدليل الطبي والفقهي للمريض في شهر الصيام (ص٨١ ـ ٨٤).
(٢) ينظر: الدليل الطبي والفقهي للمريض في شهر الصيام (ص٨٤ ـ ٨٦).
(٣) ينظر: الدليل الطبي والفقهي للمريض في شهر الصيام (ص٨٤).
(٤) ينظر: الشرح الممتع للشيخ ابن عثيمين (٣٤١/٦).
(٥) ينظر: قرار المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، في الندوة الطبية المشار إليها.

المقام الثاني: نوع الدواء الذي يتناوله مريض السكري:

قد يحصل لمريض السكري الاستمرار بالصيام بلا طعام، لكن مع تناول عقار خافض للسكر، وهو أحد نوعين:

١ ـ عقار عن طريق الفم (أقراص طبية).

٢ ـ عقار عن طريق الأوردة (حقن الأنسولين).

فإن تناول معهما طعاماً، أو ماءً لدفعها، فلا إشكال في فطره، ولا إثم عليه، لحاجته لذلك؛ تخفيفاً لمرضه، وتقديراً لحالته الطبية.

فإن حصل واقتصر على مجرد العلاج الخافض، فإن كانت: أقراصاً طبية، وتناولها عن طريق الفم بلا ماء، **فهذا يعتبر مفطراً**، لتوافر عدد من الضوابط عليه:

أ) كل ما كان في حكم الأكل والشرب، صورةً أو معنى؛ فهو مُفطّر.

وتناول هذه الأقراص صورة أكل.

ب) كل دواءٍ داخلٍ إلى معدة الإنسان؛ فهو مُفطَر.

وهذه الأقراص داخلة إلى المعدة.

ج) الدواء الداخل إلى المعدة، لا بد أن يكون مستقرًا فيها؛ ليكون مفطراً.

وهذه الأقراص قد استقرت في المعدة.

د) المنافذ المعتبرة في الإفطار، هي المنافذ المعتادة للأكل والشرب حقيقة.

وهذه الأقراص تدخل عن طريق الفم، وهو منفذ معتاد.

وإن كان العلاج الخافض: (حقن أنسولين)، وتعاطاها بلا طعام أو ماء، **فلا يُفطر بذلك**، إذ ليست أكلاً ولا شرباً، لا حقيقة ولا حكماً، ولا صورة ولا معنى.

هذا آخر ما تيسر بحثه وكتابته...

وبالله تعالى التوفيق.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

* * *

مشروع قرار

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي... قرّر ما يلي:

١ ـ حكم الصيام مع حالة مريض السكري:

١ ـ ١) مريض السكري الذي لا يقدر على الصوم بحال؛ يجب عليه الإفطار.

١ ـ ٢) مريض السكري الذي لا يقدر على الصوم إلا بمشقة غير معتادة ولا محتملة؛ يجوز له الإفطار.

١ ـ ٣) مريض السكري الذي تحصل له مشقة محتملة معتادة بسبب الصيام، لا يُباح له الإفطار.

١ ـ ٤) المرض الذي يُخشى (يقيناً أو غالباً) حصوله بسبب الصوم؛ يجوز معه الإفطار.

٢ ـ أثر نوع الدواء وطريقة تناوله على الصيام:

٢ ـ ١) كل دواءٍ في حكم الأكل والشرب، صورةً أو معنى؛ فهو مُفطّر.

٢ ـ ٢) كل دواءٍ داخلٍ إلى معدة الإنسان، مستقرّ فيها؛ فهو مُفطّر.

٢ ـ ٣) كل دواءٍ يحوي قيمة غذائية (غير مقصودة بالتعاطي، ويسيرة عرفاً)؛ لا يكون مُفطراً.

٢ ـ ٤) تعاطي المريض لحقن الأنسولين، لا يفطر؛ لأنها ليست أكلاً ولا شرباً، لا حقيقة ولا حكماً، ولا صورة ولا معنى.

٣ ـ الأحكام المتعلقة بالطبيب المُعالِج، والمريض المُعالَج:

٣ ـ ١) يشترط في الطبيب المُعالج أن يكون أميناً في قوله، حاذقاً في صنعته.

٣ ـ ٢) يجب على الطبيب الالتزام بالحكم الشرعي عند الإشارة على المريض بالإفطار من عدمه، من غير تشدد أو تساهل؛ وإلا فهو آثم شرعاً.

٣ ـ ٣) يجب على المريض التزام قرار الطبيب، إذا توافر فيه الشرطان، سواءً بالإفطار أو عدمه.

٣ ـ ٤) يأثم المريض لو تساهل فأفطر، والطبيب يرى عدم حاجته لذلك.

٣ ـ ٥) يأثم المريض لو شدّد على نفسه فصام، وتضرّر بذلك، وقد أشار عليه الطبيب بحاجته لذلك.

❊ ❊ ❊

فهرس المصادر والمراجع

(أ)

١ ـ الإجماع، محمد بن إبراهيم بن المنذر، تحقيق: د. صغير أحمد حنيف، ط.دار عالم الكتب، عام ١٤٢٤هـ.

٢ ـ أحكام الأدوية في الشريعة الإسلامية، د.حسن أحمد الفكي، ط.دارالمنهاج، ط١، عام ١٤٢٥هـ.

٣ ـ أحكام القرآن، محمد بن عبد الله بن العربي، تحقيق: علي البجاوي، ط.دار المعرفة، عام ١٤٠٧.

٤ ـ الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، أبو عمر ابن عبد البر، ط. دار الكتب العلمية، ط١، عام ٢٠٠٠م.

٥ ـ الإصابة في تمييز الصحابة، أحمد بن علي بن حجر، تحقيق: علي البجاوي، نشر: دار الجيل، ط١، عام ١٤١٢هـ.

٦ ـ الأم، محمد بن إدريس الشافعي، تصحيح: محمد زهري النجار، ط. دار المعرفة.

(ب)

٧ ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي، نشر: دار المعرفة، ط٢ (تصوير).

٨ ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، نشر: دار الكتاب العربي، ط٢ عام ١٤٠٢هـ.

(ت)

٩ ـ التاج والإكليل، الموّاق، مطبوع بهامش مواهب الجليل للحطاب، تصوير عن ط.السعادة، مصر، عام ١٣٢٩هـ.

١٠ ـ التاريخ الكبير، محمد بن إسماعيل البخاري، باعتناء الشيخ عبد الرحمٰن المعلمي اليماني، نشر: دار الفكر. (تصوير عن ط.الهندية).

١١ ـ تبصرة الحكام، ابن فرحون، مصورة عن ط.العامرة بمصر عام ١٣٠١هـ، نشر: دار الكتب العلمية.

١٢ ـ تغليق التعليق على صحيح البخاري، أحمد بن علي بن محمد بن حجر، ط.المكتب الإسلامي، دار عمار، ط١، عام ١٤٠٥هـ.

١٣ - تفسير الطبري، «جامع البيان عن تأويل آي القرآن»، محمد بن جرير الطبري، ط. دار الفكر، عام ١٤٠٥.
١٤ - التلخيص الحبير، ابن حجر، تحقيق: عبد الله هاشم يماني، نشر: دار أحد، «تصوير عن ط عام ١٣٨٤هـ».
١٥ - التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر، نشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب ط عام ١٣٨٧هـ (ط. المغربية).
١٦ - تهذيب السنن (سنن أبي داود)، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن القيم، ت: أحمد شاكر، حامد الفقي، ط. مطبعة السنة المحمدية، ط عام ١٣٦٩، نشر: دار المعرفة.

(ج)

١٧ - جامع الترمذي، أبو عيسى الترمذي، ط.بيت الأفكار الدولية، عام١٤٢٠هـ.

(ح)

١٨ - الحاوي الكبير، علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، نشر: دار الكتب العلمية، ط١، عام ١٤١٩هـ.
١٩ - حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، أبو نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني، ط.دار الكتاب العربي، ط٤، عام ١٤٠٥هـ.

(د)

٢٠ - الداء السكري، دليل مريض السكري في الوقاية والعلاج، د.عبد الله أحمد جنيد، ط.دار الفكر، ط١، عام ١٤٠٥هـ.
٢١ - الدليل الطبي والفقهي للمريض في شهر الصيام، د.حسان شمسي باشا، ط.مكتبة السوادي، ط١، عام ١٤١٥هـ.

(ر)

٢٢ - رسالة الصلاة وحكم تاركها، أبو عبد الله ابن القيم، نشر: دار الكتب العلمية، ط١ عام ١٤٠٢ (تصوير).

(س)

٢٣ - سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد، ط.بيت الأفكار الدولية، عام ١٤٢٠هـ.
٢٤ - سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث، ط.بيت الأفكار الدولية، عام ١٤٢٠هـ.

٢٥ - السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، مصورة عن ط.الهندية، نشر: دار المعرفة، ط عام ١٤١٣.

(ش)

٢٦ - الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، أحمد الدردير أبو البركات، محمد عرفة الدسوقي، نشر: دار الفكر (تصوير).

٢٧ - الشرح الممتع، محمد بن صالح العثيمين، ط.دار ابن الجوزي، ط١، عام ١٤٢٢هـ.

٢٨ - شرح صحيح مسلم، أبو زكريا يحيى النووي، من نشر: دار الكتب العلمية. (تصوير عن ط.المصرية).

(ص)

٢٩ - صحيح ابن حبان (ترتيب ابن بلبان)، محمد بن حبان أبو حاتم البستي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ط.مؤسسة الرسالة، ط٣، عام ١٤١٨هـ.

٣٠ - صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل، ط.بيت الأفكار الدولية، عام ١٤١٨هـ.

٣١ - صحيح مسلم، محمد بن الحجاج، ط.بيت الأفكار الدولية، عام ١٤١٨هـ.

(ط)

٣٢ - الطرق الحكمية ابن القيم، ط.حامد الفقي.

(ع)

٣٣ - العلل الكبير (ترتيب القاضي)، محمد بن عيسى الترمذي، ط.عالم الكتب، مكتبة النهضة العربية، ط١، عام ١٤٠٩هـ.

(غ)

٣٤ - غريب الحديث، أبي عبيد القاسم بن سلام، ط.دار الكتاب العربي، ط١ عام ١٣٩٦هـ.

(ف)

٣٥ - فتاوى أبو زهرة، جمع: د.محمد عثمان شبير، ط.دار القلم، ط١، عام ١٤٢٧هـ.

٣٦ - فتاوى الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ (فتاوى ورسائل)، جمع وتحقيق: محمد بن عبد الرحمٰن بن قاسم، «تصوير عن ط.الحكومة الأولى عام ١٣٩٩هـ).

٣٧ ـ فتاوى سماحة الشيخ عبد العزيز بن باز (مجموع فتاوى ومقالات متنوعة)، جمع: د.محمد الشويعر، نشر: دار أصداء المجتمع، ط٣، عام ١٤٢١هـ.
٣٨ ـ فتاوى محمد رشيد رضا، جمع: د.صلاح الدين المنجد، ط.دار الكتاب الجديد، ط١، عام ١٩٧١م.
٣٩ ـ الفتاوى، محمود شلتوت.
٤٠ ـ فتاوى مصطفى الزرقا، جمع: مجد أحمد مكي، ط.دار القلم، ط٢، عام ١٤٢٢هـ.
٤١ ـ فتح الباري، ابن حجر، ط. دار السلام، ط٣، عام ١٤٢١هـ.
٤٢ ـ الفروع، محمد بن مفلح المقدسي، تحقيق: د.عبد الله التركي، ط. مؤسسة الرسالة، ط١، عام ١٤٢٤هـ.
٤٣ ـ الفروق، أحمد بن إدريس القرافي، نشر: عالم الكتب (تصوير).
٤٤ ـ فقه الصيام، د.يوسف القرضاوي.

(ق)

٤٥ ـ القاموس المحيط، الفيروز أبادي، ط.مؤسسة الرسالة، ط٢، عام ١٤٠٧هـ.
٤٦ ـ قرار الندوة الطبية الفقهية التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، بتاريخ ١٤٢٩/٤/٢هـ، لدراسة موضوع (مرض السكري وصيام رمضان).
٤٧ ـ قواعد ابن رجب (تقرير القواعد وتحرير الفوائد)، تحقيق: مشهور حسن سلمان، ط.دار ابن القيم، دار ابن عفان، ط١، عام ١٤٢٤هـ.
٤٨ ـ قوانين ابن جزي (القوانين الفقهية)، محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي.

(ك)

٤٩ ـ الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر ابن عبد البر القرطبي، ط.دار الكتب العلمية، ط١، عام ١٤٠٧هـ.
٥٠ ـ الكافي، أبو محمد ابن قدامة، ط.دار هجر، ط١، عام ١٤١٧هـ.

(ل)

٥١ ـ لسان العرب، ابن منظور، نشر: دار عالم الكتب، ط عام ١٤٢٤. (تصوير عن ط.بولاق).

(م)

٥٢ ـ المبسوط، شمس الدين السرخسي، نشر: دار المعرفة (تصوير).

٥٣ ـ مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد (١٠).
٥٤ ـ مجموع الفتاوى، شيخ الإسلام ابن تيمية، ط.مجمع الملك فهد بالمدينة، عام ١٤٢٥، توزيع: وزارة الشؤون الإسلامية بالسعودية.
٥٥ ـ المجموع، أبو زكريا يحيى النووي، نشر: دار الفكر، عام ١٩٩٧م.
٥٦ ـ المحلى، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد، نشر: مكتبة دار التراث، توزيع: مكتبة المعارف، «تصوير عن ط.الشيخ أحمد شاكر).
٥٧ ـ المدونة، مالك بن أنس، سؤالات سحنون لابن القاسم، نشر: دار صادر (تصوير).
٥٨ ـ مسائل الإمام أحمد بن حنبل، رواية أبي دواد، تحقيق: طارق عوض الله، ط.مكتبة ابن تيمية، ط١، عام ١٤٢٠هـ.
٥٩ ـ مستدرك الحاكم، محمد بن عبد الله النيسابوري، نشر: دار المعرفة. (تصوير عن ط.الهندية).
٦٠ ـ مسند الإمام أحمد بن حنبل، ط. الميمنية، نشر: المكتب الإسلامي، مع فهرس الألباني، ط٥ عام ١٤٠٥هـ.
٦١ ـ مسند الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمٰن بن الفضل، ت/حسين الداراني، نشر: دار المغني، ط١ عام ١٤٢١.
٦٢ ـ معين الحكام، الطرابلسي الحنفي، ط.الحلبي، عام ١٣٩٤
٦٣ ـ مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الشربيني الخطيب، تصوير عن ط.الحلبي، نشر: دار إحياء التراث العربي.
٦٤ ـ المغني، الموفق أبو محمد ابن قدامة، تحقيق: د.عبد الله التركي، ود.عبد الفتاح الحلو، نشر: دار عالم الكتب (تصوير عن ط.هجر)، ط٥، عام ١٤٢٦.
٦٥ ـ مفطرات الصيام المعاصرة، د.أحمد الخليل، ط.دار ابن الجوزي، ط١، عام ١٤٢٦هـ.
٦٦ ـ المنتقى، ابن الجارود عبد الله بن علي النيسابوري، ط.دار القلم، ط١، عام ١٤٠٧هـ.
٦٧ ـ الموافقات، الشاطبي، تعليق: عبد الله دراز، نشر: دار المعرفة، (تصوير عن ط.مصر).
٦٨ ـ الموسوعة الفقهية، إصدار: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، العدد (٢٨).

(ن)

٦٩ ـ نصب الراية لأحاديث الهداية، عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي، نشر: دار القبلة، والمنار، ط١ عام ١٤١٨. (تصوير عن ط. الهندية)، مع اعتناء وتصحيح/محمد عوامة.

* * *

مرض السكري والصيام

إعـداد

الأستاذ الدكتور عبد الناصر موسى عبد الرحمن أبو البصل
رئيس جامعة العلوم الإسلامية العالمية
عمان ـ المملكة الأردنية الهاشمية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم رسل الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه وبعد:

فيعد مرض السكري (Diabetes) من الأمراض الشائعة في هذا العصر ويحتل مرتبة متقدمة من بين الأمراض التي تؤدي الى نتائج خطرة تصل في بعضها إلى الموت، وهو إلى اليوم مرض مزمن يبقى مع الانسان إلى أن يلقى ربه في معظم حالات المرض ويطلق على مرض السكري اسم «القاتل الصامت» لأن هذا المرض في مراحله المبكرة لا يظهر إلا القليل من «الأعراض» الخفيفة جداً بحيث لا تلفت انتباه المصاب به، في الوقت الذي تتزايد فيه أعداد الوفيات جراء الإصابة به حيث صنف في المرتبة السابعة من بين الأمراض التي تتسبب في الوفيات في الولايات المتحدة، إذ يودي بحياة (٢٠٠٠٠٠) مائتي ألف شخص في السنة[١].

وفي كل عام يترقب المسلمون قدوم شهر رمضان المبارك الذي يغير من برنامج المسلم اليومي الاعتيادي، حيث إن محور عبادة الصيام في رمضان يتركز على الامتناع عن شهوتي الفرج والبطن بمعنى الامتناع عن الطعام والمعاشرة الزوجية من الفجر إلى غروب الشمس، وفي كل عام يتكرر السؤال عن موقف المصابين بمرض «السكري» من الصيام، فتكثر الفتاوى الفقهية والاستشارات الطبية فهذا يسمح له بالفطر ودفع الفدية (فدية طعام مسكين)، وهذا يفطر ويقضي في وقت آخر ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ۚ وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ ۖ فَمَن تَطَوَّعَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَّهُ ۚ وَأَن تَصُومُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن

---

(١) ماغي غرينوود ـ روبنسون، السكري، دار الفراشة ـ بيروت، ص ١٦ ـ ١٧ بتصرف.

كُنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [سورة البقرة: ١٨٤] وهذا يمنع من الصيام، وآخر له الصيام مع تنظيم وقت الغذاء والدواء. . .إلخ، ذلك من فتاوى وآراء.

والمرضى تجاه هذه الفتاوى والآراء الفقهية والطبية أصناف:

● فمنهم من يلتزم بالفتوى والرأي الطبي وينظم أمور عبادته وفق ذلك التوجيه.

● ومنهم من لا يأخذ الفتوى ولا يأخذ بالرأي الطبي ويصر على الصيام مهما كانت حالته معتقداً بأن الفطر رخصة له أخذها وله تركها نتيجة لذلك تحدث أضرار ومضاعفات خطرة ومع ذلك لا يبالي بكل ذلك.

وفي الورقة تم الاعتماد الرئيس في كتابتها على الرأي الطبي العلمي أولاً وأخذ آراء مراكز السكري وأطباء الاختصاص والمصادر العلمية ثم بناء الرأي الفقهي تبعاً لذلك ولهذا لا يفوتني تقديم الشكر لكل من:

البروفسور د. كامل العجلوني رئيس المركز الوطني للسكري، والغدد الصم والأستاذ الدكتور علي أحمد مشعل رئيس الأطباء في المستشفى الاسلامي على ما قدماه من رأي وخبرة في هذا المجال.

والشكر موصول لمعالي أمين عام المجمع الدكتور عبد السلام العبادي ولصاحب السمو حاكم الشارقة الشيخ الدكتور سلطان بن محمد القاسمي، ولسمو الشيخ صقر القاسمي، ولأمانة الأوقاف في إمارة الشارقة ممثلة بالأستاذ جمال الطريفي، وللعاملين في الأمانة العامة للأوقاف، وأخص بالذكر الأستاذ حسن صعب، وللعاملين بالمجمع، والله ولي التوفيق.

❋ ❋ ❋

تمهيد في بيان
قواعد أساسية للتعامل مع نازلة (السكري)

أولاً: المعرفة العلمية:

تشكل المعرفة العلمية عن المرض وكيف يؤثر على الجسم وكيف يعمل العلاج قاعدة أساسية في التعامل معه، وضرورية لتجنب الكثير من المضار والمفاسد، ومن ذلك أن معرفة عمل السكر وعمل الأنسولين ودوره يجعل ارتفاعه بشكل كبير، وإغفال هذه المعرفة قد تجعل الإنسان يقتل نفسه أو يسبب لجسمه ضرراً بالغاً دون أن يقصد ذلك.

والمعرفة بهذا المرض مطلوبة للمريض ولمن يعيش مع المريض ليستطيع مساعدته واتخاذ الإجراء الصحيح عند حدوث حالة اضطرارية.

ثانياً: الاستشارة الطبية وعدم انتظار الأعراض التي يتحدث عنها المصابون، أو تنتشر بين الناس حول مرض السكر، فهناك أعراض تتشابه مع أمراض أخرى، وهناك أعراض خفية وآثار لا يطلع عليها المريض، أو لا تمكنه معرفته من ربطها بالمرض وهذا كله يعرضه للخطر.

ثالثاً: الأصل أن يحدد المريض «القرار» أو «الموقف» من الصيام قبل بدء شهر رمضان وهذا يقتضي مراجعة «الطبيب صاحب الاختصاص» قبل بدء شهر رمضان بفترة مناسبة لاجراء تقييم للحالة ليكون مستعداً للعبادة بشكل سليم وآمن.

رابعاً: عدم إغفال الجانب التربوي في التعامل مع المرض أثناء تأدية العبادة، فعلى سبيل المثال: فتوى الفطر للمريض لا يعني هدم نظام العبادة في رمضان، ولا يعني تغيير نظام الآخرين في الأسرة فالاجتماع على الإفطار والدعاء وأداء العبادات والعمل على تحصيل الأثر التربوي للعبادة وللشهر بوجه عام أمر مطلوب، ولا يعدل من برنامج رمضان إلا ما يتعلق بالعلاج والغذاء والشراب الضروري.

المطلب الأول
مصطلحات وتعريفات

١) السكر: هو الوقود الذي تستخدمه خلايا الجسم لإنتاج الطاقة اللازمة للعمل.

٢) مرض السكري: يطلق المرض على الحالة التي ترتفع فيها نسبة السكر[1] في الدم فوق المعدل الطبيعي، وذلك بسبب خلل في كمية هرمون الأنسولين، وهذا يعني أن الجسم لا ينتج الكمية المطلوبة التي يحتاج إليها نهائياً، أو ينتجها بكمية غير كافية.

٣) الإنسولين (Insulin): هرمون يفرز من خلايا (بيتا) في (جزر لانجرهانس) الموجودة داخل البنكرياس، وهذا الهرمون يتكون من سلسلتين من الأحماض الأمينية.

والأنسولين ضروري جداً لجسم الإنسان حتى يتمكن من الاستفادة من السكر في مد الجسم بالطاقة؛ حيث يقوم الإنسولين بإعادة التوازن لكميات السكر في الدم، وبالتالي يعد الإنسولين مسؤولاً عن تنظيم مستوى السكر في الدم.

٤) الصيام الطبي: هو الامتناع عن تناول الأغذية والأشربة التي تحتوي على سعرات حرارية.

٥) الصيام الشرعي: هو الامتناع (الإمساك) عن المفطرات على وجه مخصوص[2]. ومعلوم أن المفطرات تشمل الطعام والمعاشرة الزوجية، وأما الذي يعنينا في هذا المقام الفرق بين الصيام الشرعي والصيام الطبي حيث يركز في الصيام الطبي على عدم

---

(١) انظر: نسبة السكر الطبيعية من (٣,٩-٦,٦) وإذا زادت عن (٧) تعادل (١٢٦ملغ/١,. ملل) فهذا يشير الى أن الشخص مصاب بالسكر شريطة أن يكون اختبار السكر قد أجري له بعد (صيام جلي) ما يقارب عشر ساعات (من ٨-١).

(٢) راجع لطفاً: الشربيني، مغني المحتاج ٤٢/١، الموصلي الاختيار لتعليل المختار ١٣٣/١.

تناول ما فيه سعرات حرارية، ولهذا شرب الماء النقي لا يؤثر على الصيام الطبي في حين يفطر الصيام الشرعي.

* * *

المطلب الثاني
أنواع وتقسيمات مرض السكري

يقسم أطباء الاختصاص في مجال السكري هذا المرض إلى تقسيمات متعددة نظراً للزاوية التي ينظر فيها لهذا المرض، ومن ذلك:

أولاً: تقسيم المرضى المصابين تبعاً لقدرة أجسامهم على إنتاج هرمون الأنسولين إلى قسمين:

الأول: من كان جسمه ينتج الهرمون بكميات غير كافية لحاجته، وهذا يعني أنه يحتاج إلى كمية إضافية مساعدة.

الثاني: من كان جسمه لا ينتج هذا الهرمون على الإطلاق بحيث يحتاج إلى الكمية الكاملة من الإنسولين، فالإنسولين هنا أساسي وليس مكملاً.

ثانياً: تقسيم المرض بحسب المصاب في الغائب إلى:

الأول: سكري الأطفال أو الصغار.

الثاني: سكري البالغين أو الكبار.

الثالث: سكري الحمل.

ثالثاً: تقسيم المرضى بحسب طريقة العلاج المتبعة معهم إلى:

١) مريض يعتمد علاجه على الأنسولين بشكل رئيس.

٢) مريض لا يعتمد على الأنسولين، وهؤلاء نوعان:

أ. من يعتمد على الحمية فقط.

ب. من يعتمد على أقراص مساعدة.

النوع الأول
«المرضى الذين يعتمدون على الأنسولين»

هذا النوع يعود سببه إلى عدم قدرة الجسم على إنتاج الأنسولين مطلقاً كأن يتوقف البنكرياس عن إنتاجه أو أن الجسم ينتج كمية غير كافية من الإنسولين، وبذلك لا يتمكن الجسم من امتصاص (الجلوكوز/السكر) الذي يحتاجه، وهذا النوع يحتاج في العلاج إلى الإنسولين (الحقن) لإعادة التوازن في نسبة السكر كما يحتاج إلى الحمية وغير ذلك مما يساعد على التخفيف من مشكلات هذا المرض وللتعايش معه.

* * *

النوع الثاني
«المرضى الذين لا يعتمدون الأنسولين علاجاً رئيساً للمرض»

والفرق بينه وبين النوع الأول أن الجسم في النوع الأول لا ينتج الأنسولين أو ينتجه بكمية قليلة يحتاج معها إلى مكمل من الإنسولين بينما في النوع الثاني الجسم يفرز الإنسولين ولكنه يجد صعوبة في استعمال هذا الأنسولين ليؤدي دوره بشكل فعال؛ ذلك أن الأنسولين لكي يؤدي وظيفته يدخل إلى الخلايا ويلتصق ببروتينات خاصة تسمى «المستقبلات»، وهذه المستقبلات لها وظيفتان بالنسبة للسكر (الجلوكوز):

الأولى: أن تعمل كأقفال البوابات، فإذا وصل الأنسولين يكون كالمفتاح وبالتالي تنفتح الخلية لإدخال هذه المادة السكرية (الجلوكوز) على اعتبار أنها وقود وطاقة تمد الخلية.

الثانية: تقوم بإرسال إشارات إلى نوع من البروتين يسمى «ناقل الجلوكوز» يحمله إلى داخل الخلية.

فهذه المستقبلات بالتعاون مع الأنسولين تفتح الخلية لاستقبال الوقود (الطاقة) وتحمله إلى داخلها والمصاب بهذا النوع (الثاني) تكون أمور التعامل مع السكر مضطربة حيث لا تفتح الأقفال ولا يدخل الجلوكوز للخلية وتحدث مقاومة له وتراكم السكر في مجرى الدم وتحدث المضاعفات. . . ففي هذه الحالات الأنسولين يتوقف، أو يعجز عن أداء مهمته رغم توافره وقد يسبب ذلك الخلل إلى زيادة طلب الجسم للأنسولين نتيجة زيادة السكر وعدم استطاعة البنكرياس مجاراة الطلب المتزايد هذا، فتحدث مضاعفات ومشكلات ولهذا يحتاج الأمر إلى علاج.

والجدير بالذكر أن هذا النوع من السكري يعتمد الحمية وتغيير أسلوب الحياة من حيث الرياضة والحركة، ولهذا يكون الصوم مفيداً لهذا النوع.

* * *

النوع الثالث
«سكري الحمل»

وهذا النوع يصيب النساء الحوامل عندما يصبح جسم المرأة الحامل غير قادر على إنتاج واستعمال كمية الأنسولين اللازمة في حالة الحمل، وهذا النوع يحتاج إلى العلاج والسيطرة عليه ويزول عادة بعد الولادة[1].

❋ ❋ ❋

المطلب الثالث
أحكام صيام مرضى السكري

أولاً: الصيام لمرضى النوع الأول:

يصنف الأطباء مرضى النوع الأول (المعتمد على الأنسولين) حسب الكمية الواجب أخذها خلال اليوم إلى قسمين:

الأول: المرضى الذين يأخذون جرعة واحدة من الأنسولين يومياً:

وهذا الصنف يستطيع الصيام دون خطورة شريطة تنظيم موعد أخذ الجرعة قبيل الإفطار مباشرة، مع وجوب أخذ الاحتياطات اللازمة من مثل إجراء فحص نسبة السكر في النهار خشية حدوث مضاعفات (نزول نسبة السكر إلى حد يقرر الأطباء في مثلها بضرورة الفطر محافظة على الحياة. . .).

---

(١) ماغي غرينوود ـ روبنسون، السكري ص ٣٨ ـ ٣٩ بتصرف.

الثاني: المرضى الذين تعددت الجرعات المقررة لهم يومياً:

وهذا الصنف يشكل الصيام خطراً كبيراً على حياتهم حيث يحتاج المريض للإنسولين لإعادة التوازن للجسم لأن الجسم لا يفرزه عادة، وإذا تناول الإنسولين (عن طريق الحقن بحسب المشهور عالمياً اليوم)[1] فلسوف يحتاج المريض إلى تناول الغذاء أو بعض المواد المحتوية على السكر أو التي تمد الجسم بالطاقة (والسكر) والحاجة هذه حاجة ضرورية وليست اختيارية حيث سينزل مستوى السكر في الدم بسبب الحقنة إلى مستوى منخفض عن النسبة المقررة للجسم حسب القوانين التي بثها الخالق سبحانه في التكوين السليم للأجسام، ونزول مستوى السكر عن ذلك المستوى يعني أن المريض سيدخل في غيبوبة يطلق عليها (غيبوبة نقص السكر)، وقد يؤدي ذلك إلى مضاعفات وأضرار خطرة على حياة المريض.

ومن خلال المصادر الطبية ومراجعة مراكز السكري والمتخصصين في هذا المجال نرى إجماع أهل الاختصاص على منع المريض (من هذا الصنف) من الصيام.

جاء في مجلة (Clinical diabetes) عدة توصيات تتعلق بصيام رمضان ما يلي[2]:

«التوصيات الطبية العالمية لمرضى السكري من المسلمين في رمضان:

أ ـ يمنع الصيام قطعياً لمرضى السكري النوع الأول المعتمد على الأنسولين، والذين يعانون من بعض المشاكل الطبية الآتية أو أي من:

١ ـ السكري الهش (نوبات من ارتفاع السكري أو انخفاضه أو كلاهما بشكل متكرر).

---

(١) هناك دراسات وأبحاث لادخال الإنسولين عن طريق الأنف كالسعوط.

(٢) العدد. ٣ Number ٤٠٠٢,٣ (نقلاً عن مجلة السكريون، العدد السادس عشر، أكتوبر ٥٠٠٢ رمضان ١٤٢٦هـ الصادرة عن نقابة الاطباء على الانترنت.

٢ ـ مرضى السكري النوع الأول الذين تم تزويدهم بمضخة الأنسولين.

٣ ـ المرضى الذين يحتاجون لعدة مرات من الحقن بالإنسولين ثلاث مرات أو أكثر.

٤ ـ إصابة المريض في الثلاثة شهور السابقة لرمضان بارتفاع السكر المصحوب بالأسيتون DKA.

٥ ـ المريض الذي يعيش بمفرده وقد تداهمه نوبة انخفاض للسكر ولا يجد من ينقذه.

٦ ـ اعتلال الشبكية الشديد، أو الفشل أو القصور الكلوي الناتج عن الاعتلال السكري للكليتين.

٧ ـ جلطة الشرايين التاجية للقلب أو شرايين المخ.

٨ ـ مريضة السكري النوع الأول الحامل أو المرضعة.

أما **مرضى السكري النوع الأول الذين قد يمكنهم الصيام** مع الحذر الشديد لوجود خطورة من احتمال انخفاض السكر في الدم أو ارتفاعه فهم الذين ينطبق عليهم الآتي:

١ ـ مستوى السكر في الدم تحت السيطرة (الهيموجلوبين السكري HbA1C أقل من ٧٪).

٢ ـ لم يحدث في الشهور الثلاثة السابقة لشهر رمضان غيبوبة ارتفاع للسكر مصحوبة بالأسيتون أو انخفاض متكرر للسكر في الدم.

٣ ـ المريض يستخدم جرعتين فقط من الأنسولين يومياً.

ب ـ ينصح مرضى السكري النوع الثاني الذين لديهم الأمراض أو المشكلات الطبية الآتية بعدم الصيام:

١ ـ اعتلال الكليتين مع ارتفاع الكرياتنين في الدم أكثر من ١.٥ مجم/د.ل.

٢ ـ الاعتلال السكري الشديد لشبكية العين.

٣ ـ الاعتلال اللاإرادي للأعصاب خاصة:

ـ بطء حركية المعدة (Gastroparesis).

ـ أو انخفاض الضغط لدى الوقوف Postural hypotension.

٤ ـ عدم إدراك إنخفاض السكر في الدم Hypoglycemic unawarness.

٥ ـ جلطة الشرايين التاجية للقلب أو شرايين المخ.

٦ ـ ارتفاع السكر الشديد في الأسابيع السابقة لرمضان.

٧ ـ مريض السكري النوع الثاني الذي يعالج بحقن الإنسولين أكثر من مرتين يومياً.

٨ ـ الحمل والرضاعة في مريضة السكري في النوع الثاني.

٩ ـ وجود مرض آخر لدى مريض السكري قد يمنع من الصيام مثل:

ـ قرحة المعدة الحادة.

ـ الربو الشعبي.

ـ الدرن الرئوي.

ـ حصوات الكليتين.

ـ السرطان.

ـ الأمراض النفسية الشديدة.

ـ قصور وظيفة الكبد.

ومعلوم أن الحكم الشرعي هنا يبنى على الرأي الطبي، ولذلك أرى أن يمنع المريض من الصيام وتصدر فتوى بتحريم الصيام على المريض من هذا الصنف للحجج الآتية:

أولاً: لما يشكله صيامه من خطورة على حياته والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥].

ثانياً: لما تسببه تلك المخاطرة من أضرار لا يطلع عليها المريض ولا تظهر آثارها مباشرة وإنما بالتدريج وبعد فترة مثل الفشل الكلوي والعمى ... والرسول ﷺ يقول: «لا ضرر ولا ضرار»(١).

ثالثاً: لما يسببه الإصرار على الصيام من حرج شديد يصيب المرضى والله سبحانه رفع الحرج عن الأمة: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

رابعاً: أن أهل الاختصاص الثقات إذا قرروا أمراً يخص حياة الإنسان وفي قرارهم مصلحة معتبرة شرعاً فالأصل الأخذ بها، وتحقيق المصلحة أو دفع المضرة المتوقعة، وكل ذلك في مسألة السكري من هذا الصنف، والله سبحانه يقول: ﴿فَسْـَٔلُوٓا۟ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [سورة الأنبياء ٧] وأهل الذكر في قضية السكري هم أطباء الاختصاص في السكري.

ثانياً: الصيام لمرضى النوع الثاني من أنواع مرضى السكري:

لقد مر معنا أن هذا النوع من المرضى يحتاج إلى مساعد فقط، أو إلى الحمية وتنظيم وجبات الطعام والدواء ولهذا لا يشكل الصيام خطراً عليهم بل على العكس ينفعهم الصيام، ويساعدهم على تحمل المرض.

(١) رواه ابن ماجه و الدارقطني وغيرهما عن أبي سعيد سعد بن سنان الخدري رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»، مسنداً. ورواه مالك في الموطأ مرسلاً: عن عمرو بن يحيى، عن أبيه عن النبي ﷺ.

المطلب الرابع
«الإجراءات التي تطلب
من مرضى السكري بالإضافة إلى الدواء...».

أ) الإجراءات علمياً:

يذكر الأطباء المختصون في علاج مرضى السكري على أنه من الضروري اعتماد سبل أخرى للمساعدة على التعايش مع مرض السكري أو للتحكم بهذا المرض لتحقيق منافع متعددة منها تقليل نسبة السكر في الدم وتحسين استخدام الجسم للإنسولين.

أولاً: بالنسبة للطعام والتغذية:

١) تنظيم وجبات الطعام.

٢) الاعتدال في تناول كميات الطعام.

٣) تناول نوعيات معينة لا تؤثر سلباً على مريض السكر[١].

٤) الإقلاع عن التدخين[٢].

ثانياً: بالنسبة للجسم واعتداله:

١) العمل على إنقاص الوزن الزائد.

٢) ممارسة الرياضة (والمقصود الرياضة النافعة) لزيادة حركة العضلات وتنشيط الخلايا وفي الوقت نفسه يتخلص الجسم من الدهون. . .

---

(١) مثل الإقلال من الدهون والاعتدال في تناول البروتين.

(٢) تشير بعض الدراسات والأبحاث إلى أن الإدمان على التدخين يزيد من وضع مريض السكري (من النوع الثاني) سوءاً حيث يزيد التدخين (النيكوتين) من مقاومة الجسم للإنسولين (حيث يجعل الخلايا أقل استجابة للأنسولين إضافة إلى الأضرار الأخرى التي ينزلها التدخين بالجسم) (روبتسون ـ المرجع السابق ٣٦).

ب) تقييم الإجراءات من الناحية الشرعية:

بعد وزن الإجراءات السابق ذكرها بميزان الشرع نجد أنها تندرج تحت مقاصد الشريعة في حفظ النفس والمال، وتعين على تحقيق حفظ الدين أيضاً والنصوص الشرعية تؤيدها، وبيان ذلك:

١) أن الشريعة حثت وأكدت على الاعتدال في الطعام والشراب وهذه قاعدة أساسية.

وردت النصوص المؤكدة على الاعتدال في كل شيء وخاصة في الطعام والشراب لقوله تعالى: ﴿وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟ وَلَا تُسْرِفُوٓا۟﴾ [الأعراف: ٣١]. ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُوا۟ لَمْ يُسْرِفُوا۟ وَلَمْ يَقْتُرُوا۟ وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا ﴿٦٧﴾﴾ [الفرقان آية ٦٧] ولقوله عليه الصلاة والسلام: «مَا مَلأَ آدَمِيٌّ وِعَاءً شَرًّا مِنْ بَطْنٍ، بِحَسْبِ ابْنِ آدَمَ أُكَلاَتٌ يُقِمْنَ صُلْبَهُ، فَإِنْ كَانَ لاَ مَحَالَةَ، فَثُلُثٌ لِطَعَامِهِ، وَثُلُثٌ لِشَرَابِهِ، وَثُلُثٌ لِنَفَسِهِ»[1] . . .

٢) السمنة الناتجة عن الإكثار من الطعام غير محمودة، بل وجعلت من علامات الساعة حيث ذكر في علامات آخر الزمان: «. . . ويظهر فيكم السمن . . .».

* * *

(١) رواهُ الإمامُ أحمَدُ والتِّرمِذيُّ والنَّسائيُّ وابنُ ماجَه، وقَالَ التِّرمِذيُّ: حَدِيثٌ حَسَنٌ.

مرض السكري والصوم

إعداد
الدكتور. عصام محمد سليمان موسى
أستاذ مساعد أمراض الباطنة العامة والسكري بكلية الطب
ـ جامعة الأزهر القاهرة ـ جمهورية مصر العربية
استشاري الغدد الصماء بمستشفى جدة الوطني الجديد
مدينة جدة ـ المملكة العربية السعودية

تقديم

بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله رب العالمين ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن سيدنا محمد بن عبد الله، عبد الله ورسوله، الرحمة المهداة والنعمة المسجاة والسراج المنير، أما بعد:

فالصيام هو الركن الرابع من أركان الإسلام فرضه الله عز وجل في السنة الثانية من هجرة رسول الله ﷺ ترسيخاً لملكة التقوى وإعلاءً لقيمة الصبر لما يقتضيه من كبح لجماح النفس البشرية وترويض لها.

ولذلك لم تختص أمة الإسلام بهذه الفريضة الربانية فلقد سبقنا إليها من كان قبلنا لقوله عز وجل في كتابه الكريم ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٨٣﴾﴾ [البقرة: ١٨٣].

وكما أخبر الله عز وجل فإن في الصيام خيراً ليس فقط للأصحاء المقيمين بل أيضاً للمسافرين والذين يطيقونه ككبار السن فقال تعالى في كتابه العزيز ﴿أَيَّامًا مَّعْدُودَٰتٍ ۚ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ۚ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ ۖ فَمَن تَطَوَّعَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَّهُۥ ۚ وَأَن تَصُومُوا۟ خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١٨٤﴾﴾ [سورة البقرة آية ١٨٤].

وذكرت الآية الكريمة استثناءً للحكم الشرعي للمرضى والمسافرين إن كانوا لا يطيقونه ولكن يظل الحكم العام أنه خير لمعظم المرضى والمسافرين والمطيقين له.

ومنذ بداية الدولة الإسلامية ومع بزوغ عصر التقدم الطبي فيها وصف الطبيب العلامة الشيخ ابن سينا الصوم لمعالجة العديد من الأمراض خاصة الأمراض المزمنة . . . كما وصف في القرنين العاشر

والحادي عشر للعلاج من الجدري والسيفلكس «وهو مرض تناسلي».

واستنبط علماء الغرب في القرون المتأخرة ما يسمى بالصيام الطبي وهو الصيام إلى درجة الجوع لساعات أطول وصف ذلك كعلاج للصرع وعتمة العين وبعض أمراض الفم واللثة.

وفي العقود الأخيرة ومع تقدم الأبحاث والدراسات الطبية أفاق العالم على انتشار مرض السكري بأنواعه بصورة أصبحت في السنوات الأخيرة تشبه الانتشار الوبائي فهناك الآن في نهاية عام ٢٠٠٨ ما يقارب من ٢٦٠ مليون شخص مصاب بمرض السكري على مستوى العالم مما جعله مشكلة صحية خطيرة وتزداد خطورة هذا المرض وانتشاره في عدة قارات أهمها آسيا وأفريقيا وأمريكا الجنوبية.

ونظراً لتزايد عدد المسلمين على مستوى العالم ... فهم الآن يقاربون ملياراً ونصف المليار إنسان ... أصبح مرض السكري يصيب نسبة غير قليلة بينهم وللأسف الشديد هناك عدة دول إسلامية هي الأكثر إصابة بمرض السكري على مستوى العالم فمن الدول العشرة الأولى (في نسبة الإصابة بالمرض) في العالم تأتي ست دول إسلامية كلها دول عربية.

وهكذا أصبح مرض السكري بما يحمله من تحدٍ صحي وشرعي يحتاج ليس فقط لرعاية صحية وتوعية وقائية ... ولكن أيضاً إلى تمحيص وفتاوى شرعية ترتب كيفية تأدية العبادات والأركان لهؤلاء المرضى.

ولذلك سعدت بتكليف مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة بالكتابة في موضوع «مرض السكري والصوم» معتمداً على ثلاثة محاور كما وضعتها هيئة المجمع الموقر:

المحور الأول: ويتناول بيان الحالات المختلفة للمرض، وأثر الصوم في زيادة المضاعفات أو الخطر على المريض، مع بيان حكم الصوم في تلك الحالات في إطار الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الواردة في هذا الشأن، ومدى اختلاف هذا الحكم حسب: نوع الصوم،

والحالة العمرية للمريض (كبار السن)، وحالة الحمل بالنسبة للمرأة.

المحور الثاني: الشروط الواجب توافرها في الطبيب المعالج في هذه الحالة، ومتى يكون قراره معتبراً من الناحية الطبية الشرعية، مع بيان الحكم الشرعي في حالة عدم التزام الطبيب بحكم الشرع، وحالة عدم التزام المريض بقرار الطبيب بالترخيص الشرعي، أو عكسه.

المحور الثالث: حكم إعادة الصوم بالنسبة للمريض من خلال تغير حالة المريض من الخطورة وعدمها.

ونظراً لتقديمي سابقاً ورقة بحثية للدورة السابعة عشر لمؤتمر المجمع والتي عقدت بعمان ـ المملكة الأردنية الهاشمية بعنوان «مريض السكري ... وصيام شهر رمضان» فسأوجز بحثي معتمداً على المحاور الثلاثة السابق ذكرها. والله من وراء القصد وهو خير الرازقين.

د. عصام محمد سلمان موسى

جدة ــ المملكة العربية السعودية

❊ ❊ ❊

نظرة عامة

الصيام في اللغة:

هو الإمساك لقوله تعالى: ﴿إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَٰنِ صَوْمًا فَلَنْ أُكَلِّمَ الْيَوْمَ إِنسِيًّا ﴿٢٦﴾﴾ [مريم: آية ٢٦].

أي: إمساكاً عن الكلام.

أما في الشرع:

فهو إمساك وامتناع إرادي عن المفطرات من طلوع الفجر إلى غروب الشمس.

وقد فرض صيام شهر رمضان في المدينة المنورة في السنة الثانية من هجرة رسول الله ﷺ، وهي السنة التي فرض فيها الجهاد ... وقد توفي النبي ﷺ، وقد صام تسعة رمضانات.

وقد شرع الصيام على مرحلتين:

المرحلة الأولى:

هي مرحلة التخيير ـ أي: التخيير بين الصوم ـ وهو الأفضل أو الإفطار مع فدية إطعام مسكين، كما قال الله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٨٣﴾ أَيَّامًا مَّعْدُودَاتٍ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ فَمَن تَطَوَّعَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَّهُ وَأَن تَصُومُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١٨٤﴾﴾ [البقرة آية ١٨٣ ـ ١٨٤].

المرحلة الثانية:

وهي مرحلة الإلزام، أي: الإلتزام بالصوم وفي ذلك نزل قوله تعالى: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِّنَ الْهُدَىٰ وَالْفُرْقَانِ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ

عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا۟ ٱلْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا۟ ٱللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَىٰكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴿١٨٥﴾﴾ [البقرة: ١٨٥].

وفي الصحيحين عن سلمة بن الأكوع قال: «لما نزلت ﴿وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾ كان من أراد أن يفطر ويفتدي حتى نزلت الآية ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾» متفق عليه.

والأحاديث كثيرة في الترغيب في صوم شهر رمضان والترهيب من إفطار يوم منه دون عذر شرعي أو مرض.

مبطلات الصيام:

الأكل والشراب متعمداً والجماع وإنزال المني باختيار والحيض والنفاس وتعمد القيء، وحقن الدم للمريض المحتاج لذلك ـ والإبرة المغذية «المحاليل» لأن المريض إذا استعملها لم يحتج معها إلى الطعام والشراب والحجامة والتبرع بالدم.

فضل الصيام:

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «قال الله عز وجل: كل عمل ابن آدم له إلا الصيام فإنه لي وأنا أجزي به»[٢].

وعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «الصيام والقرآن يشفعان للعبد يوم القيامة . . . يقول الصيام: منعته الطعام والشهوات بالنهار فشفعني فيه ويقول القرآن: منعته النوم بالليل والنهار فشفعني فيه فيشفعان»[٢].

وعن أبي أمامة رضي الله عنه قال: «أتيت رسول الله ﷺ فقلت: مرني بعمل يدخلني الجنة فقال: عليك بالصوم فإنه لا عدل له» رواه أحمد والنسائي والحاكم وصححه[٢].

وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: إن النبي ﷺ قال: «لا يصوم عبد يوماً في سبيل الله إلا باعد الله بذلك اليوم النار عن

وجهه سبعين خريفاً» رواه الجماعة إلا أبا داود[٢].

وعن سهل بن سعد رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إن للجنة باباً يقال له: الريان يقال يوم القيامة: أين الصائمون؟ فإذا دخل آخرهم أغلق هذا الباب» رواه البخاري ومسلم[٢].

ويمثل الدين الإسلامي الحنيف أكثر الأديان السماوية انتشاراً الآن في العالم ومنذ زمن ليس بالقليل فعدد المسلمين حول العالم يتراوح ما بين مليار ومليار ونصف مسلم أي يمثلون ما بين ١٨ ـ ٢٥٪ من سكان الكرة الأرضية.

ويتوزع المسلمون في كل بقاع الأرض بقاراتها الست ويندر أن توجد دولة أو جزيرة لا تنطق فيها الشهادتان ... والحمد لله.

ويمثل صوم شهر رمضان الكريم ركناً أساسياً من أركان الدين الحنيف فرضه الله عز وجل على كل مسلم بالغ عاقل قادر على الصيام ويقدر عدد الصائمين من مرضى السكري حول العالم ما بين ٥٠ ـ ٦٠ مليون مسلم يصومون ما بين ٢٩ ـ ٣٠ يوماً وفقاً للتقويم الهجري الإسلامي الذي يعتمد الشهور القمرية أساسا لتقويمه ... وتختلف ساعات الصيام اليومية وفقاً لفصول العام ومكان تواجد الصائم[٦].

واستثنى القرآن الكريم في آياته العظيمة المرضى من الصيام قال تعالى: ﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ صدق الله العظيم. [البقرة: ١٨٥][١].

ويندرج مرضى السكري تحت هذا البند ... فمرض السكري مرض مزمن يحدث به اختلال في التمثيل الغذائي للجسم مما يؤدي إلى ظهور مضاعفات خاصة في حالة اختلال كمية الغذاء والسوائل التي يحتاجها الجسم.

أنواع الصيام:

وهناك عدة أنواع من الصيام ...يأتي بالطبع في أعلاها صيام شهر رمضان...ويمكن تقسيم الصيام إلى نوعين:

أولهما: صيام الفريضة، وهو صيام شهر رمضان المعظم الذي فرضه الله على عباده.

- صوم الكفارات، وهو ما يفعله الإنسان تكفيرًا عن ذنب اقترفه، وصوم الكفارات حدده القرآن والسنة المطهرة، وليس للإنسان تقديره.
- صوم النَّذْر: وهو الصوم الذي ينذره الإنسان على نفسه، سواء أكان مطلقًا أم مقيّدًا بحدوث نعمة، أو زوال نقمة.

وثانيهما صيام التطوع: الصوم خصوصًا في أيام محددة رغب النبي ﷺ في صيامها وهي:

- صيام يوم الإثنين ويوم الخميس من كل أسبوع.
- صيام الأيام البيض، وهي ثلاثة أيام من كل شهر هجري وهي أيام ١٣، ١٤، ١٥، فعن ابن ملحان القيس عن أبيه قال: كان رسول الله ﷺ يأمرنا أن نصوم البيض: الثالث عشر، والرابع عشر، والخامس عشر، وقال: «هي كهيئة الدهر». [أبو داود والنسائي وابن ماجه] وقيل: سميت بالأيام البيض لابيضاضها بسبب ضوء القمر[٢].
- صيام ستة أيام من شوال: قال ﷺ : «من صام رمضان ثم أتبعه بست من شوال كان كصيام الدهر» [مسلم] ويصح صومها متتابعة أو متفرقة وإن كان الأفضل صومها متتابعة بعد يوم الفطر[٢].
- صيام يوم التاسع والعاشر من شهر المحرم، سئل ﷺ عن صوم يوم عاشوراء، فقال: «يكفِّر السنة الماضية» [مسلم][٢].
- صيام يوم عرفة، سئل (عن صوم يوم عرفة فقال: (يكفر السنة الماضية والباقية) [مسلم][٢].
- صيام تسعة أيام من شهر ذي الحجة ومنها يوم عرفة لغير الحاج.
- الإكثار من الصيام في الأشهر الحرم، وهي محرم ـ رجب ـ ذو القعدة ـ ذو الحجة)[٢].

- الإكثار من الصيام في شهر شعبان.
- صيام يوم وإفطار يوم لقوله ﷺ: «أفضل الصيام عند الله صوم داود عليه السلام كان يصوم يومًا ويفطر يومًا» [مسلم][٢].
- ويندب الصوم تطوعًا في أيام السنة كلها إلا الأيام التي ورد النهي عن صيامها إما تحريمًا أو كراهة ويجوز لمن صام تطوعًا أن يفطر، فمن أفطر في صوم التطوع ولم يقض لا شيء عليه، وقد ورد أن أبا الدرداء كان صائمًا، فزاره سلمان الفارسي في هذا اليوم فصنع أبو الدرداء له طعامًا، وقال له: كُل، فإني صائم. فقال سلمان: لا آكل حتى تأكل، فأكل. [البخاري] وقال بعض الفقهاء: من أفطر من صوم تطوع؛ صام يومًا غيره. كصيام يوم عرفه لغير الحاج وغيره[٢]..

* * *

السكري ... نظرة عامة

لمحة تاريخية

وصف مرض السكري منذ ما يزيد عن ثلاثة آلاف سنة قبل الميلاد في برديات الفراعنة في مصر القديمة فقد وصف هسرع مرضاً تميز بكثرة التبول والعطش وسرعة الوفاة، واكتشف الطبيب الصيني آرتيس قبل الميلاد (٥٠ ـ ٩٠) سنة المذاق الحلو لبول المرضى المصابين بهذا المرض ووصف الأطباء الرومان أن المرض مصحوب بالوهن والضعف وأن علاجه تنظيم الغذاء وممارسة الرياضة. واكتشف الأعراض الإكلينيكية (السريرية) الطبيب المسلم الرازي وابن سينا، وخلال القرنين الأخيرين حدثت عدة تطورات علمية في مجال مرض السكري وهي:

أولاً: في بداية القرن التاسع عشر استطاع الإنسان أن يحلل نسبة السكر في دم المريض وهو أهم دليل للطبيب والمريض وعلى ضوئه يمكن إحكام السيطرة على المرض.

وفي جامعة فريدريك فيلهم في مدينة برلين الألمانية عام ١٨٦٩م استرعى انتباه العالم الألماني (بول لانجر هانز) عندما كان يدرس الدكتوراه لشريحات البنكرياس وجود مجموعات من الخلايا تتميز عن غيرها وسميت بـ (جزر لانجر هانز).

وفي عام ١٨٩٠م استطاع العالمان (فون ميرنج ومينكوفسكي) أن يثبتا أن جزر لانجر هانز في البنكرياس تفرز مادة تسيطر على مستوى الجلوكوز في الدم.

وفي عام ١٩٢٢م تمكن جراح العظام الكندي (بانتنج) وتلميذه (بست) من عزل هذه المادة من البنكرياس وإعطائها لمرضى السكر، وتخفيض نسبة السكر في دم المرضى، وسميت هذه المادة باسم الإنسولين لأن كلمة إنسولين باللغة اللاتينية تعني جزيرة. وهذا الاكتشاف

فتح أفاقا جديدة في علوم مرض السكر مما ساعد في تطوير كيمياء الإنسولين.

وفي عام ١٩٥٥م تمكن العالم (سانجر) من معرفة تسلسل الأحماض الأمينية التي تكون هرمون الإنسولين في البقر والخنزير والإنسان وحاز على جائزة نوبل للكيمياء عام ١٩٨٥م[٧].

تعريف مرض السكري:

مرض مزمن ينتج عن زيادة في نسبة السكر بالدم بسبب نقص أو عدم فعالية هرمون الإنسولين المفرز من خلايا بيتا الموجودة في البنكرياس[٨].

أعراض مرض السكري:

قد يكتشف مرض السكري فجأة خلال الكشف الدوري أو إجراء التحاليل الروتينية للتحضير للعمليات الجراحية ومن أهم هذه الأعراض:

- عطش شديد.
- جوع شديد.
- كثرة التبول.
- تعب شديد.
- حكة في الجلد (وعند المرأة تكون بالأعضاء التناسلية).
- ألم وتنميل في الأطراف.
- نقص أو ازدياد الوزن عن الحد المناسب.
- ضعف في البصر.
- التهابات جلدية قد تؤدى إلى تجمعات صديدية.
- قروح جلدية خاصة بالقدم.
- بطء في التئام الجروح.

- حرارة في القدمين[٨].

وهناك عدة أنواع من مرض السكري لكن أهمها نوعان:

النوع الأول:

ويسمى السكري المعتمد على الإنسولين وفي الغالب يصاب به اليافعون ويكون بسبب إلتهابات فيروسية تؤدي إلى تدمير خلايا بيتا بالبنكرياس مع نقص شديد في إفراز الأنسولين مما يوجب العلاج عن طريق التعويض بحقن الإنسولين ولا يشكل هذا النوع أكثر من ١٠٪ من عدد مرضى السكري على مستوى العالم[٨]

أما النوع الثاني:

وهو الغير معتمد على الأنسولين والذي يصيب ٩٠٪ من مرضى السكري على مستوى العالم فيصيب في الغالب الكبار وإن كان العالم ودولنا الإسلامية تشهد تزايدا ملحوظا في عدد المصابين به من الأطفال ... وفيه يكون إفراز الأنسولين بكميات طبيعية أو أكثر من طبيعية ولكنه لا يعمل بكفاءة طبيعية[٨].

ويمثل مرضى السكري أكثر الأمراض المزمنة انتشارا حول العالم فهناك حوالي ٢٥٠ مليون مصاب الآن ويتوقع أن يصل هذا الرقم إلى حوالي ٤٠٠ مليون مصاب بحلول عام ٢٠٢٥م.

وفي المجتمعات العربية تتراوح نسبة الإصابة من ١٠ ـ ٢٥٪ من عدد السكان يتواجد أغلبهم في دول الخليج ومصر والجزائر. وتتواجد ستة دول عربية إسلامية فى قائمة العشر دول الأكثر إصابة بمرض السكرى على مستوى العالم. وهى المملكة العربية السعودية، دولة الإمارات العربية، البحرين، الكويت، عمان ومصر[٩].

وفي المملكة العربية السعودية تتراوح النسبة الحالية ما بين ٢٥ ـ ٣٠٪ من عدد السكان وفقا للتوزيع الجغرافي ... ويتوقع أن تصل هذه النسبة إلى ٥٠ ٪ بحلول ٢٠٢٥م وهو رقم مذهل يمثل انتشارا وبائيا لمرض السكري[٩].

الصيام: نظرة عامــة

فسيولوجيا الصيام

في الأشخاص الأصحاء يتم إفراز هرمون الإنسولين من خلايا بيتا بالبنكرياس نتيجة زيادة نسبة السكر أو الجلوكوز بالدم، ويقوم الأنسولين بالمساعدة في تخزين هذا السكر على هيئة جليوكجين بالعضلات والكبد.

وخلال الصيام يقل مستوى السكر بالدم مما يؤدي إلى الانخفاض في إفراز هرمون الإنسولين وفي نفس الوقت يؤدي هذا الانخفاض في نسبة السكر إلى زيادة إفراز عدة هرمونات منها الجلوكاجون وهو هرمون يفرز من خلايا ألفا بالبنكرياس ومجموعة أخرى من الهرمونات وأهمها الأدرينالين. وتؤدي هذه الهرمونات إلى تكسير وإذابة الجليكوجين في الكبد وتحويله إلى سكر ليبقى مستوى السكر بالدم في حدوده الطبيعية.

ولكن عندما تطول ساعات الصيام وتنفذ مادة الجليكوجين وتقل نسبة الأنسولين إلى مستويات متدنية تبدأ عملية إذابة الشحوم وإنتاج الأحماض الدهنية الحرة Free Fatty Acids والتي تتعرض لعملية أكسدة لتنتج الأجسام الكيتونية التي تبدأ العضلات والقلب والكبد والكلى والدهون في استخدامها كمصدر رئيسي للتغذية بديلاً عن الجلوكوز للمحافظة عليه لأنه المصدر الوحيد لتغذية المخ وكريات الدم الحمراء[١٢].

وفي الأشخاص الأصحاء تنظم هذه العملية عن طريق توازن دقيق بين هرمون الأنسولين والهرمونات المضادة له للمحافظة على مستوى السكر في الحدود المطلوبة لتغذية الأعضاء الحيوية بالجسم خلال ساعات الصيام[٦].

بينما في مريض السكري خاصة في النوع الأول المعتمد على الإنسولين لا يتم إفراز كمية كافية من هرمون الجلوكاجون والأدرينالين

مما يؤدي إلى زيادة تكسير الجليكوجين وإنتاج الأجسام الكيتونية وزيادة في مستوى السكر بالدم مما قد يؤدي إلى غيبوبة سكرية كيتونية وفي النوع الثاني الغير معتمد على الأنسولين قد يحدث اضطراب في مستوى السكر ولكن نادرا ما تحدث غيبوبة كيتونية شديدة[٦].

مضاعفات مرض السكري

ويتعرض مريض السكرى خاصة غير المنضبط مستوى السكر بالدم إلى العديد من المضاعفات والتي قد تؤثر على حياته وتكون هذه المضاعفات إلى نوعين:

أولا: المضاعفات الحادة لمرض السكري

نوبات انخفاض السكر بالدم:

يحدث انخفاض السكر حين تكون الغلوكوز نسبة قليلة جدا في الدم. ويزداد احتمال حدوث هذه الحالة حين يطرأ ما يجعل الأنسولين يعمل بشكل سريع جدا، مثلا حين لا يتناول المريض طعاما كافيا أو لا يتناول الطعام في الوقت الصحيح، وعند الأشخاص الذين لا يعانون من مرض السكرى، يتوقف الجسم عادة عن إطلاق الإنسولين قبل أن تهبط مستويات الغلوكوز أكثر من الطبيعي. بالإضافة إلى ذلك فإن هورمونات أخرى يفرزها الجسم توقف تأثير الأنسولين وتجعل الغلوكوز يرتفع للمستويات الآمنة. ولكن في مرضى السكري خصوصا الذين يعالجون بالإنسولين أو أدوية عن طريق الفم والتي تخفض مستوى السكر في الدم، مثل دواء سلفونايل يوريا فإن الجسم لن يستطيع إيقاف الأنسولين الذي أطلق أو الذي تم تناوله.

مما سيؤدي إلى انخفاض شديد ومستمر في مستوى السكر قد يهدد حياة المريض[١٥].

نوبات ارتفاع السكر بالدم:

مريض السكري يعاني دائما من عدم إنتاج جسمه للأنسولين الكافي

أو أنه لا يستجيب للإنسولين كما يجب. و يقوم الإنسولين بمساعدة الغلوكوز لكي يدخل الخلايا التي تحتاج إليه. وبدون الإنسولين يبقى الغلوكوز في الجسم وترتفع مستوياته في الدم ويؤدي ذلك إلى العديد من المشاكل فالمستويات المرتفعة للغلوكوز في الدم تؤثر بمرور الوقت على طريقة قيام الجسم بواجباته، مما يسبب مضاعفات كثيرة ناتجة عن مرض السكري مثل: مرض القلب ـ مرض العين ـ مرض الكلى.

أما في المدى القصير فإن ارتفاع الغلوكوز في الدم يجعل الصحة متوعكة وإذا بقيت مستويات الغلوكوز في الدم عالية لفترة طويلة فهناك احتمال قوي بحدوث أمراض تهدد الحياة[١٠].

زيادة الحماض الكيوتني السكري أو الغيبوبة الكيتونية:

إن ازدياد الحماض الكيتوني السكري (والذي يعرف أيضا بـ "DKA" Diabetic Ketoacidosis) هو حالة خطيرة تهدد الحياة، وتحدث عادة لمرضى السكري من النوع الأول ومع ذلك فإن الأشخاص المصابين بمرض السكري من النوع الثاني يمكن أيضاً إصابتهم بهذه الحالة التي تحدث عندما تكون هناك كمية قليلة جداً من الإنسولين في الدم مع ارتفاع في معدلات الجلوكوز بالدم نتيجة وجود كميات كبيرة من الهرمونات المضادة للإنسولين وحين يحدث ذلك فإن الجسم لا يستطيع استهلاك الغلوكوز كمصدر للطاقة وبدل ذلك يبدأ الجسم بتحليل الدهون والبروتينات. وحين يتحلل الدهن ينتج عن العملية إنتاج الكيوتنات التي يمكن أن تتراكم وتؤدي إلى صعوبة التنفس، صدمة، التهاب رئوي، نوبات تشنجية، وغيبوبة حتى الموت[١٠].

نوبات ارتفاع سكر الدم التناضحي:

نوبة ارتفاع سكر الدم التناضحي والتي تسمى (متلازمة هايبرغلايسميك هايبروسمولار غير الكيتونية HHNS) تشبه من بعض الوجوه حالة زيادة الحماض الكيتوني، ولكنها تحدث بالدرجة الأولى للأشخاص المصابين بالنوع الثاني من مرض السكري وتحدث كلتا

الحالتين حين ترتفع مستويات الغلوكوز في الدم كثيرا. ولكن معظم حالات ارتفاع سكر الدم التناضحي تحدث للمرضى الذين لا يستعملون الإنسولين وفي حالات كثيرة تحدث حالة ارتفاع سكر الدم التناضحي لأشخاص لا يعلمون بإصابتهم بمرض السكر(١٠).

وتبدأ حالة ارتفاع سكر الدم التناضحي حين يرتفع مستوى غلوكوز الدم إلى مستوى مرتفع جدا. يبدأ الجسم بإدرار المزيد من البول للتخلص من الغلوكوز الزائد ويبدأ الجسم يعاني من الجفاف. وهذه العملية يمكن أن تستمر أياما بل وأسابيع ومع استمرار الجفاف يبدأ الشعور بالاضطراب والتشوش وقد تؤدي حالة الجفاف الحاد المرافق لحالة ارتفاع سكر الدم التناضحي إلى نوبات تشنجية غيبوبة أو إلى الموت(١٠).

ثانيا: المضاعفات المزمنة لمرضى السكري

مرض الأوعية المحيطية «تصلب الشرايين»:

حين تتجمع لويحات الكوليسترول على جدران الشرايين التي تزود الساقين (وفي بعض الأحيان الذراعين) بالدم، فإن هذه الشرايين تصبح ضيقة وقد تنغلق وتسمى هذه الحالة بمرض الأوعية المحيطية الذي يعني أن هناك ما يعيق جريان الدم إلى الساقين مما يؤدي إلى ضعف الدورة الدموية وهناك مضاعفات كثيرة تنتج عن ضعف الدورة الدموية مثل تقرحات القدم ـ الغرغرينة ـ وأشكال أخرى من فقدان الأنسجة في القدمين وأي جرح صغير للقدم قد يستغرق وقتا طويلا للشفاء وقد لا يشفى تماما. وغالبا ما يواجه الأشخاص الذين يعانون من مرض الأوعية المحيطية ضرورة استئصال أحد الأطراف ومن حسن الحظ أن العلاج الجيد والناجح يمكن أن يحمي المريض من هذا الخيار(١١).

الاعتلال العصبي السكري:

يسيطر الدماغ على كل شي في الجسم ابتداء من التفكير والإحساس والتنفس إلى الأكل والنوم والحركة وغيرها من الفعاليات

ويؤدي الدماغ هذه الوظيفية الرائعة بإرسال رسائل من خلال النخاع الشوكي إلى أعضاء الجسم كله بواسطة شبكة من الخلايا العصبية. وتشبه هذه الشبكة من الخلايا العصبية الأسلاك التي تحمل الذبذبات الكهربائية. وشأنها شأن الأسلاك الكهربائية، فإن هذه الشبكة من الخلايا العصبية يمكن أن تتضرر أو تستهلك وحين يحدث ذلك فإن الأجزاء الرئيسية المرتبطة بهذه الأسلاك سوف تتأثر سلبيا ويسمى هذا النوع من الضرر الذي يصيب الأعصاب بالاعتلال العصبي Neuropathy.

والحقيقة فإنه من غير المعروف لماذا تؤدي زيادة الغلوكوز في الدم إلى إلحاق الضرر بالأعصاب بمرور الوقت. قد يكون السبب أن البروتينات المكسوة بالغلوكوز تلحق الضرر بخلايا الأعصاب أو ربما أن الكمية الزائدة من الغلوكوز في الدم تسبب اضطرابا في التوازن الكيميائي في الأعصاب أو قد يكون السبب هو أن زيادة الغلوكوز تتدخل بكفاءة الدورة الدموية مما يجعل الأعصاب غير قادرة على الحصول على الأكسجين اللازم الذي تحتاجه ومهما كان السبب فإن الأشخاص المصابين بمرض السكر أكثر عرضة من غيرهم للإصابة بمشاكل في الجهاز العصبي. أما الجانب الجيد فهو أن المحافظة على غلوكوز الدم في مستوياته المطلوبة يؤدي إلى منع هذه المضاعفات الخطيرة[١١].

اعتلال الكلى السكري:

تعمل الكليتان كمصفاة مكونة من مجموعة من وحدات التصفية التي تصفي الدم من السموم والفضلات يدخل الدم إلى الكليتين عبر أوعية دموية صغيرة تسمى الأنابيب الشعرية إلى عقد دموية ويتصفى الدم من هذه العقد الدموية ويعود الدم بعد تصفيته وتنظيفه إلى مجرى الدم وأما الفضلات فإنها تمر من خلال سلسلة من الأنابيب الصغيرة من الكليتين وتحول إلى البول. بعد ذلك يرسل البول إلى المثانة ليتجمع ويطرد من الجسم إلى الخارج.

وإذا كان المريض مصابا باعتلال الكلية السكرية أو أي مرض آخر في الكلية فإن الأنابيب الشعرية سوف تتضرر وستكون غير قادرة على

تصفية الدم بشكل كفء إن هذه الأنابيب الشعرية قد تصاب بالانسداد فتكون النتيجة أنه لا يتم إخراج جميع السموم والفضلات ولا تتم تصفية الدم بشكل كفء أو أن هذه الأنابيب الشعرية تصبح راشحة فتنفذ منها بعض البروتينات والمواد الغذائية التي كان من الواجب أن تبقى في الدم لكنها تذهب إلى البول.

إن تضرر الكلية لا تظهر نتائجه إلا بعد مرور وقت طويل حتى تظهر آثارها فاعتلال الكلية يتقدم عبر خمس مراحل:

- فرط الترشيح.
- البول الزلالي الصغري.
- متلازمة المرض الكلوي.
- عدم كفاءة الكلى.
- عجز الكلى النهائي.

في المرحلة الأولى من المرض فإن الكلية تعمل بجهد ووقت إضافيين للتخلص من جميع السموم والفضلات من الدم ولكن كلما ازداد تضرر الكلية فإنها تصبح غير قادرة على تحمل العبء ونتيجة لذلك تبدأ أعراض العجز عليها. ويفيد جدا الضبط المحكم لمستوى السكر في الدم وكذلك ضغط الدم في الوقاية من هذه المضاعفات الخطيرة[١٠].

اعتلال الشبكية السكري:

الشبكية هي ذلك الجزء المتحسس للضوء في العين وتقع بمحاذاة الجدار الخلفي للعين وهي تحتوي على خلايا عصوية الشكل (نبابيت الشبكية) وأخرى مخروطية الشكل (مخاريط الشبكية) تتحسس الضوء وترسل إشارات إلى الدماغ. وتحتوي الشبكية على الكثير من الأوعية الدموية التي تزودها بالأوكسجين والغذاء والتي تحتاج إليها لتأدية وظيفتها. للأسف إن هذه الأوعية يمكن أن تتضرر بسرعة، إن عدم المحافظة على المستوى الطبيعي لغلوكوز الدم يمكن أن يؤثر على طريقة

سريان الدم ويمكن أن يضعف جدران هذه الأوعية الدموية وحين تتضرر الأوعية الدموية يمكن أن يحدث اعتلال الشبكية السكري وهي درجات تبدأ باعتلال الشبكية غير المتشعب وقد تؤدي إلى فقدان البصر ما لم تعالج سريعا(١٠).

الالتهابات:

أينما ذهبنا ومهما فعلنا فإن الأحياء المجهرية تحيط بنا في كل مكان وتحاول الدخول إلى جسم المريض وهذه الأحياء تهدف لاستخدام الجسم البشري كفندق رخيص الثمن يقدم الطعام والشراب مجانا. لحسن الحظ يمتلك الجسم البشري والحمد للَّه نظاماً أمنياً متطوراً ومعقداً، هو جهاز المناعة. وأول خطوط جهاز المناعة هو الجلد و الأغشية المخاطية في المجاري المعوية والبولية التناسلية ويعمل الجلد مع هذه الأغشية كسدود طبيعية أمام الأحياء المجهرية غير المرغوب فيها مثل: الفيروسات ـ البكتريا ـ الفطريات. و يسمح لبعض الأحياء المجهرية بالعيش في الجسم، بل أنها قد تكون مفيدة فمثلا: تحتوي الأمعاء على ملايين من بكتريا كولي E-colie التي تساعد في الحقيقة في تفكيك الفضلات وتقوم بعض الأحياء المجهرية المفيدة بحماية الجسم ضد أحياء مضرة مسببة للأمراض.

وحين تدخل أحياء مجهرية ضارة إلى الجسم يتحفز الجهاز المناعي للعمل. فتلتحق الكريات البيضاء التي ينتجها مخ العظم بمجرى الدم حيث تندفع نحو الجسم الغريب لتدميره وفى الأشخاص الأصحاء يقوم الجهاز المناعي بعمله على الوجه المطلوب ويبعد الأحياء المجهرية الضارة عن الجسم ولكن بين حين وآخر تستطيع بعض هذه الأحياء الضارة والمسببة للمرض من اقتحام دفاعات الجسم وتبدأ بالتكاثر بشكل سريع حين يحدث ذلك تكون قد تعرضت للإصابة بالالتهاب. ويعتبر مريض السكري أكثر عرضة لهذه الالتهابات والأسباب غير واضحة تماما ولكن بما أن المصابين بداء السكري يحتوي دمهم على كمية من غلوكوز الدم أكثر من غيرهم فإن ذلك يوفر مصدر غذاء ممتاز للأحياء المجهرية

ويشجع نموها في الجسم كما أن إنتاج الجسم للخلايا المدافعة ضد الإصابات والالتهابات يصاب بالخلل وتتأثر قابلية خلايا النظام المناعي على المواجهة والحركة نحو مكان الالتهاب أو الإصابة. كذلك فإن الأشخاص المصابين بداء السكري أكثر عرضة لمواجهة المتاعب في الدورة الدموية وهذا يعني أن الخلايا المدافعة التي تنتقل بواسطة الدم ستواجه صعوبة في الوصول إلى أهدافها بالسرعة المطلوبة بسبب مشاكل الدورة الدموية. والمشكلة الأخرى هي اعتلال الأعصاب فإذا كان الجهاز العصبي قد تأثر أو تضرر بسبب مرض السكرى فإن الإحساس بالألم الذي يصاحب أي التهاب سوف يقل. وحين يلاحظ المريض المشكلة أخيرا يكون الالتهاب قد تطور وأصبح علاجه أكثر صعوبة[١١].

مخاطر صيام مريض السكري

أظهرت عدة دراسات أجريت على صيام مرضى السكري كان أكبرها تلك الدراسة التي أجريت في ثلاثة عشر بلداً إسلاميا من خلال ١٢.٢٤٣ مريضاً بالسكري صاموا شهر رمضان، وجدوا أن هناك زيادة في نسبة حدوث بعض المضاعفات الحادة والمزمنة لمرضى السكري عند الصائمين من مرضى السكري[٦].

١ ـ نوبات انخفاض السكر بالدم:

وجد أن هناك زيادة في نسب حدوث نوبات انخفاض السكر الشديدة (والتي تحتاج للعلاج داخل المستشفيات) بحوالي ٤.٧ ضعفاً في مرضى السكري من النوع الأول وحوالي ٧.٥ ضعفاً في مرضى السكري من النوع الثاني[٦].

٢ ـ نوبات ارتفاع السكر بالدم:

هناك زيادة ٥ أضعاف في حدوث نوبات زيادة السكر الشديدة (والتي تحتاج للعلاج داخل المستشفيات) في مرضى السكري من النوع الثاني وثلاثة أضعاف زيادة في مرضى السكري من النوع الأول وقد

يعزى سبب نوبات زيادة السكر إلى تخفيض جرعات العلاج بالأقراص أو الإنسولين وذلك لتقليل احتمال حدوث نوبة نقص في مستوى السكر أو لزيادة أكل كميات كبيرة من النشويات والسكريات لنفس السبب(٦).

٣ ـ الغيبوبة الكيتونية:

والغيبوبة الكيتونية شائعة الحدوث في مرضى السكري خاصة من النوع الأول وهؤلاء الذين يعانون من عدم وجود ضبط محكم لمستوى السكر بالدم قبل رمضان ويعزى ذلك لإنقاص جرعات الأنسولين خوفاً من انخفاض مستوى السكر خلال نهار رمضان(٦).

٤ ـ الجفاف وزيادة احتمالية حدوث جلطات دموية:

وذلك بسبب قلة شرب السوائل خلال ساعات الصيام خاصة في الجو الحار الرطب والذي يسود عدداً من الدول الإسلامية كما أن زيادة مستوى السكر والتي تصاحب بكثرة التبول قد تفقد الجسم كمية كبيرة من السوائل مما يؤدي إلى انخفاض بضغط الدم خاصة في حالة وجود التهاب الأعصاب اللاإرادي مما قد يودي إلى فقد الوعي والسقوط وحدوث إصابات أو كسور لا قدر الله.

والجفاف لكل هذه الأسباب قد يؤدي إلى تخثر الدم بالإضافة إلى بعض التأثيرات الفسيولوجية للسكر والتي تصاحب بزيادة في نشاط عوامل التجلط وضعف في مضادات التجلط(١٣).

كما أن هناك عدة دراسات أثبتت زيادة نسب تجلط الوريد الشبكي للعين في مرضى السكري الصائمين في المملكة العربية السعودية(١٤).

وخلصت الدراسة السابقة . . . وعدة دراسات أخرى إلى تصنيف لمرضى السكري وفقاً لاحتمالية حدوث مضاعفات خطيرة قد تهدد الحياة نفسها لمريض السكري (لا قدر الله تعالى) صنيف لفئات الخطورة لمرضى السكري من النوع الأول والثاني الصائمين في شهر رمضان المعظم فئة خطيرة جداً (وهي الأكثر عرضة لحدوث المضاعفات):

- مرضى تعرضوا لنوبة انخفاض سكر شديدة (استلزمت العلاج داخل المستشفى) خلال الثلاثة أشهر السابقة لشهر رمضان.
- مرضى يملكون تاريخاً مرضياً لنوبات انخفاض السكر متكررة.
- مرضى يعانون من عدم انضباط مستوى السكر في الدم.
- مرضى تعرضوا لغيبوبة كيتونية خلال الثلاثة أشهر السابقة لشهر رمضان.
- مرضى بالسكري من النوع الأول المعتمد على الإنسولين.
- مرضى بالسكري يعانون من أمراض حادة مرافقة لمرض السكري:
  - قرحة معدية. موضوع قرح المعدة والاثنى عشر.
  - تدرن رئوي فعال أو الربو.
  - شخص مُعرض لحصيات كلوية مع تكرر التهاب المسالك البولية.
  - السرطان.
  - أمراض قلبية وعائية مثل ذبحة صدرية غير مستقرة أو ارتفاع ضغط دم غير مُسيطر عليه.
  - حالات نفسية شديدة.
  - اضطرابات وظيفية كبدية: إنزيمات الكبد أكثر من ضعفي الطبيعي.
- مرضى عانوا من غيبوبة ارتفاع سكر الدم التناضحي خلال الثلاثة أشهر السابقة لشهر رمضان.
- مرضى السكري الذين يعملون في أعمال عضلية شاقة خلال نهار رمضان.
- مرضى السكري الحوامل.

- مرضى السكري بالفشل الكلوي ويقومون بغسيل الكلى بصفة دورية[١٢].

فئة خطرة (وهى عرضة لحدوث المضاعفات بشكل كبير):

- مرضى السكري الذين يعانون من ارتفاع متوسط بمستوى السكر (مستوى السكر بين ١٥٠ ـ ٣٠٠ ملجم/دل أو الهيموجلوبين السكري مابين ٧.٥ ـ ٩٪).
- مرضى السكري الذين يعانون من اعتلال الكلى.
- مرضى السكري الذين يعانون من مرض الأوعية المحيطية المتقدم.
- مرضى السكري الذين يعالجون بأقراص سلفونايليوريا أو الأنسولين ويعيشون بمفردهم.
- مرضى السكري الذين يعيشون بمفردهم.
- مرضى السكري الذين يعانون من أمراض أخرى تشكل عوامل خطورة إضافية كارتفاع ضغط الدم وارتفاع نسبة الدهون بالدم.
- مرضى السكري كبار السن والمصابون بأمراض الشيخوخة.
- مرضى السكري الذين يعالجون بأدوية تؤثر على قدرتهم الذهنية[١٢].

فئة متوسطة الخطورة (وهى أقل عرضة لحدوث المضاعفات الخطيرة):

- مرضى السكري ذووا مستوى منضبط تحت العلاج بأقراص سريعة المفعول المنشطة لإفراز الأنسولين[١٢].

فئة قليلة الخطورة (وهي في مأمن من حدوث المضاعفات الخطيرة):

- مرضى السكري ذووا مستوى منضبط تحت العلاج بالحمية فقط أو الأقراص التي لا تزيد إفراز الأنسولين[١٢].

ووفقا لعدة دراسات طبية مهمة أجريت على الصائمين من مرضى السكري ... كان أهمها الدراسة التي أشرنا إليها سابقاً والتي أجريت على ١٢.٢٤٣ مريضاً بالسكري في ثلاثة عشر بلدا إسلامياً[١٢].

يمكن الخلوص إلى الآتي:

أن الفئة الأولى «الأكثر عرضة لحدوث مضاعفات» والثانية «وهي عرضة لحدوث مضاعفات بشكل كبير».

يغلب الظن فيهما احتمالية حدوث ضرر خطير قد يؤثر على حياة المريض ويعرضها للخطر، ولذلك فإنه يتعين على الطبيب المسلم الثقة المختص نصح مريضه «الذي ينتمي إلى هاتين الفئتين» بالإفطار وعدم الصيام درأ للخطر والضرر عن نفسه لقوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [سورة البقرة آية ١٩٥][١]، وقوله تعالى في سورة النساء: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء آية ٢٩][١].

ويتوجب على الطبيب المسلم الثقة المختص أن يبين للمريض ما يمكن أن يحدث له من مضاعفات خطيرة في حال صومه قد تؤدي إلى مشاكل صحية وزيادة مطردة في نسبة حدوث المضاعفات سواء الحادة أو المزمنة.

أما في الحالتين الأخيرة من الفئة المتوسطة الخطورة والفئة قليلة الخطورة فليس هناك ما يمنع من الصوم وذلك لندرة احتمالية حدوث مضاعفات ناتجة عن الصيام بل وللعكس من ذلك احتمالية تحسن الحالة الصحية للمريض الصائم إن التزم بالخطة العلاجية لطبيبه التي يتم فيها تعديل جرعات العلاج واعتماد نظام غذائي دقيق يساعد على الصوم والامتناع عن الأكل والشراب طوال ساعات الصيام ولا يوجد عذر طبى لهؤلاء المرضى إن كانوا لا يعانون من أية مشاكل صحية مصاحبة لمرض السكري قد تمنعهم من الصيام وينطبق على صوم التطوع ما ينطبق على صوم شهر رمضان.

* * *

السكري ... والحمل

السكري في السيدة الحامل يكون على نوعين:

النوع الأول:

أن تكون الأم قد أصيبت بمرض السكري قبل الحمل سواء كان من النوع الأول أو النوع الثاني وفي الغالب تعالج السيدة الحامل عن طريق حقن الإنسولين بالإضافة إلى الحمية الغذائية.

النوع الثاني:

وهو ما يسمى بسكري الحمل وتصاب به السيدة خلال فترة الحمل فقط لأن الحمل نفسه يصاحب بزيادة في الهرمونات المضادة لعمل هرمون الإنسولين المسؤول عن ضبط مستوى السكر بالدم وغالبا ما يحدث في الثلث الثاني أو الثالث من الحمل ويعالج في البداية بالحمية الغذائية فإذا لم يستجيب يعالج بالإنسولين.

وقد يؤدي السكري الغير منتظم إلى مضاعفات لا قدر الله على الجنين والأم قد تصل إلى ولادة طفل مشوه ولكن هذه المضاعفات يمكن السيطرة عليها بشكل جيد في حالة السيطرة على مستوى السكر.

وقد يحمل صيام السيدة الحامل بوادر خطورة شديدة للجنين والأم لعدم انتظام مستوى السكر بالدم. وفي حالة تصميم السيدة الحامل على الصيام يجب أن توضع تحت رعاية طبية مكثفة مع نصحها دائما بالإفطار والفدية أو القضاء[١٥].

سكري كبار السن

من المعروف علمياً أن احتمالية الإصابة بمرض السكري تزداد مع تقدم السن. فمرض السكري يصيب ما يقارب من ١٠ ـ ٢٠ ٪ من كبار السن (فوق الخامسة والستين)

يمثل الفرع الثاني من مرض السكري في هذه الفئة العمرية ما يقارب من ٩٠٪ وهي تقريباً نفس النسبة في الفئات الأصغر سناً...

وهناك العديد من النظريات العلمية التي تبرر حدوث مرض السكري بنسبة عالية في كبار السن وأهمها أن هناك نقص في إفراذ هرمون الإنسولين من البنكرياس وذلك بفعل تقدم عمر الخلايا المفرزة للإنسولين ... كما أن استجابة خلايا البنكرياس المفرزة للإنسولين «خلايا بيتا» للتنبيهات المختلفة تكون أقل من الاستجابة الطبيعية في العمر الأصغر ولا تكمن المشكلة في زيادة نسبة مرض السكري خاصة من الفرع الثاني في كبار السن ... لكن هناك عدة مشاكل أكثر أهمية من ذلك وهي:

١ ـ ازدياد احتمالية حدوث المضاعفات الحادة (الخطيرة) كالغيبوبة الكيتونية ونوبات ارتفاع سكر الدم التناضحى بنسب أكبر من حدوثها في المراحل العمرية الأقل سناً.

٢ ـ ازدياد احتمالية الوفاة «لا قدر الله عز وجل» نتيجة حدوث هذه المضاعفات خاصة نوبات انخفاض مستوى السكر والتي تكون أكثر شيوعاً وخطورة في كبار السن لترافقها مع الإصابات المخية الحادة.

٣ ـ ازدياد احتمالية حدوث المضاعفات المزمنة لمرض السكري كالفشل الكلوي واحتشاء عضلة القلب وجلطات المخ وبتر الأطراف وفقد الإبصار عنها في المراحل العمرية الأصغر.

ولذلك فهذه الفئة العمرية تصنف ضمن الفئة المعرضة لحدوث المضاعفات بشكل كبير وقد يتقدم هذا التصنيف إلى الفئة الأكثر عرضه لحدوث المضاعفات في حالة إقامتهم بمفردهم دون وجود عائلة تهتم بهم أو ترعاهم.

وفي هاتين الحالتين ينصح المريض بضرورة الإفطار والفدية وعدم القضاء.

أما في حالة ضبط مرض السكري بالحمية أو الأقراص التي

لا تزيد إفراز الإنسولين فيرخص لهم بالصوم بشرط المتابعة الطبية الجيدة والتزام تعليمات الطبيب المسلم الثقة.

قضاء الصوم لمريض السكري:

يجب القضاء على من أفطر يومًا أو أكثر من رمضان بعذر من الأعذار المبيحة للفطر، كالحيض والنفاس، والمرض والسفر، قال تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤][(١)].

أما إن كان الإفطار بغير عذر كمن أكل أو جامع عامدًا، فعليه القضاء والكفارة. وقت قضاء رمضان: يكون من بعد انتهاء رمضان إلى مجيء رمضان المقبل، ويستحب الإسراع بالقضاء، ويجب القضاء إذا بقي على رمضان المقبل أيام بعدد الأيام التي يريد الإنسان أن يقضى صيامها، ويكون الصيام في أيام يباح الصوم فيها تطوعًا، فإن صام في أيام لا يصح الصوم فيها كالعيدين مثلا فلا ينفعه ذلك.

تتابع القضاء:

لا يشترط التتابع والفور في قضاء رمضان، وإن كان الأولى موالاة القضاء أو تتابعه؛ للإسراع في القضاء.

الفدية:

وهي إطعام مسكين مدًا من الطعام عن كل يوم أفطر فيه، وتجب بالأمور التالية:

١ ـ العجز عن الصيام لمن لا يقدر على الصوم كالشيخ الكبير والعجوز.

٢ ـ المريض الذي لا يرجى شفاؤه.

٣ ـ الحامل والمرضع إذا خافتا على ولدهما. وتجب الفدية مع القضاء على من فرط في قضاء رمضان، فأخره حتى جاء رمضان آخر مثله بقدر ما فاته من الأيام.

من مات وعليه صوم:

ينبغي على المسلم أن يسرع في قضاء ما عليه من صيام شهر رمضان، فقد يأتيه الموت فيحاسبه الله تعالى على تقصيره، فإن مات المسلم وعليه صوم فرض من قضاء رمضان، أو نذر، أو كفارة واجبة، وكان يمكنه قضاؤه ولكنه لم يفعل فيرى بعض الفقهاء أنه يجب على أوليائه (أقرب الناس إليه) أن يصوموه عنه هم أو بعضهم، فإن لم يكن له أولياء، يؤجر له من رأس ماله من يصوم عنه، فهذا مقدم على ديون الناس، فحق الله أحق بالقضاء، فإن رفض أولياء الميت الصيام عنه فهم عصاة، ولا شيء على الميت من ذلك الصوم، لأن الصوم قد انتقل بموته إلى وليه.

قال رسول الله ﷺ: «من مات وعليه صيام، صام عنه وليه» [البخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه][٢]، ويرى بعض الفقهاء أنه لا يصح لولي الميت أن يصوم عنه وتدفع عنه فدية إطعام مسكين عن كل يوم، أما إذا أفطر المسلم في الشهر لعذر كالمرض أو السفر فمات وهو مريض أو مسافر فلا قضاء ولا إثم عليه لعدم تقصيره؛ لأنه فرض لم يتمكن منه إلى الموت.

وبالنسبة لمرضى السكري فهناك العديد منهم ممن عليهم القضاء عن ما أفطروا من شهر رمضان في أيام أخر بعد زوال عذرهم ويمكن إجمال هذه الفئات كالآتي:

- مرضى تعرضوا لنوبة انخفاض سكر شديدة خلال الثلاثة أشهر السابقة لشهر رمضان.
- مرضى يملكون تاريخاً مرضياً لنوبات انخفاض السكر بصورة متكررة.
- مرضى يعانون من عدم انضباط مستوى السكر بالدم.
- مرضى تعرضوا لغيبوبة كيتونية خلال الثلاثة أشهر السابقة لشهر رمضان.

- مرضى بالسكري يعانون من أمراض حادة مرافقة لمرض السكري تم شفاؤهم منها.
- مرضى عانوا من غيبوبة ارتفاع سكر الدم التناضحي خلال الثلاثة أشهر السابقة لشهر رمضان وذلك بعد انتظام مستوى السكر والاطمئنان إلى عدم العودة لهذه الاضطرابات الحادة.

وكذلك:

- مرضى السكري الحوامل عندما تضع الحامل حملها وتنتهي من الشهور الأولى للإرضاع.
- مرضى السكري الذين يعملون في أعمال عضلية شاقة خلال نهار رمضان إن تيسر لهم تغيير مهنهم أو ظروف عملهم بحيث لا يكونوا معرضين لأية اخطار نتيجة هذا العمل.
- مرضى السكري كبار السن الذين يعالجون بأقراص مخفضة لمستوى السكري أو الإنسولين ويعيشون بمفردهم إن شاركهم أحد في حياتهم.
- مرضى السكري الذين يعانون من أمراض أخرى تشكل عوامل خطورة إضافية كارتفاع ضغط الدم وارتفاع نسبة الدهون بالدم بعد انتظام كل هذه العوامل بالعلاج.

ونورد هنا فتوى الشيخ حسنين محمد مخلوف مفتى الديار المصرية الأسبق حول هذا الموضوع فيقول: إن الحنفية قد نصوا على أن المريض إذ غلب على ظنه بأمارة أو تجربة أو إخبار طبيب حاذق مأمون أن صومه يفضي إلى زيادة مرضه أو إبطاء برئه جاز له الفطر في رمضان، وكذلك يجوز الفطر للمريض بمرض السكر المعروف إذا كان صومه يفضي إلى عدم قدرته على أداء عمله الذي لابد لعيشه أو عيش من يعولهم وعليه يقضي ما أفطره في رمضان في أيام أخر بعد زوال هذا العذر.

فإن تحقق اليأس من زواله وجبت عليه الفدية كالشيخ الفاني بشرط

أن يستمر عجزه إلى آخر حياته ولا قضاء عليه في هذه الحالة. والله أعلم. (من فتاوى الشيخ مخلوف ـ شبكة الانترنت).

وهناك العديد من مرضى السكري الذين لا يستطيعون القضاء وعليهم الفدية لاستحالة زوال السبب الذي من أجله أفطروا ونجملهم في الآتي:

- مرضى السكري الذين يعانون من حالة متقدمة من مرض الأوعية المحيطة المتقدمة.
- مرضى السكري الذين يعانون من أمراض حادة أو مزمنة تستلزم علاجاً مستمراً طوال اليوم ولا يرجى شفاؤهم بصورة تامة.
- مرضى السكري من النوع الهش الذين يعانون من عدم انضباط لمستوى السكر طوال اليوم ولا يرجى شفاؤهم.
- مرضى السكري كبار السن الذين يعانون من أمراض الشيخوخة.
- مرضى السكري الذين يعانون من الفشل الكلوي ويقومون بغسيل الكلى بصفة دورية.
- مرضى السكري الذين يعانون اختلالاً شديداً بوظائف الكلى.
- مرضى السكري الذين يعانون من أمراض متأخرة لا أمل في شفائهم منها كالسرطان.
- مرضى السكري الذين يعالجون بأدوية تؤثر على قدرتهم الذهنية.

***

الشروط الواجب توافرها في الطبيب المعالج

يشترط في الطبيب المسلم المعالج:

- أن يتصف بصفة العلم بالفرع الطبي الذي تخصص فيه لأن الجهل يعد ضرباً من ضروب الاعتداء على النفس البشرية وتعريضها للمخاطر ولقد جاءت النصوص الشرعية تنهى عن الحديث بلا علم فقال الله عز وجل: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌۚ إِنَّ ٱلسَّمْعَ وَٱلْبَصَرَ وَٱلْفُؤَادَ كُلُّ أُوْلَٰٓئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْـُٔولًا ﴿٣٦﴾﴾ [الإسراء: ٣٦][1].

- إلمام الطبيب المسلم إلماماً جيداً بالأحكام الشرعية المتعلقة بتخصصه فهناك العديد من الأحكام والقواعد الشرعية التي تقنن الممارسة الطبية كل في تخصصه لا يحق للطبيب أن يتعداها أو يخالفها وتعرف هذه الأحكام من خلال الاطلاع الواعي على كتاب الله عز وجل وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام وسؤال العلماء والندوات المشتركة بين الأطباء والفقهاء وقرارات المجامع الفقهية ودور الفتوى كما قال تعالى في كتابه ﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ صدق الله العظيم . . . [الأنبياء: ٧][1].

- مهنة الطب أمانة أؤتمن عليها من امتهن هذه المهنة فيجب أن يؤدي الأمانة على أحسن وجه موافقاً شرع الله عز وجل وحدوده لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨][1] . . . وقال تعالى: ﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣][1] . . . ووصف الله عز وجل أهل الإيمان بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِأَمَٰنَٰتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَٰعُونَ ﴿٨﴾﴾ [المؤمنون: ٨][1] . . . ومن عدم استشعار الأمانة عدم التزام الطبيب بحكم الشرع في تخصصه دون مبرر قوي وكذلك عدم رصد

المستجدات المتغيرة في حالة المريض الصحية والتي يبنى عليها الرأي الشرعي في الصيام من عدمه فيقول تعالى: ﴿فَوَرَبِّكَ لَنَسْـَٔلَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ ﴿٩٢﴾ عَمَّا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ ﴿٩٣﴾﴾ [الحجر ٩٢ - ٩٣][(١)]... وقوله عليه الصلاة والسَلام: «**ما من عبد يسترعيه الله رعيه يموت يوم يموت وهو غاش لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة**» [أخرجه البخاري (٧١٢٥) ومسلم (١٤٢)][(٢)]... وقوله عليه الصلاة والسَلام: «**من ولاه الله عز وجل شيئاً من أمر المسلمين فاحتجب دون حاجتهم وخلتهم وفقرهم احتجب الله دون حاجته وخلته وفقره**» [أخرجه أبو داود (٢٩٤٨) بسند جيد][(٢)]... والإهمال في أمور الطب وصحة الناس ذنبه عظيم لأنه قد يؤدي إلى هلاك النفوس فقال رسول الله ﷺ: «**لم يزل المسلم في فسحة من دينه ما لم يصب دماً حراماً**» [أخرجه البخاري (٦٨٦٢)][(٢)].

- على الطبيب أن يكون متقناً لعمله دقيقاً فيه مراجعاً لكل ما يخص المريض من معلومات مدونة في ملفه الطبي لأن التقصير في ذلك عند اتخاذ قرار الصوم من عدمه قد يؤدي إلى مشاكل صحية خطيرة كأن يمكن اجتنابها أو مشكلة شرعية بعدم صوم من لا يجوز له الافطار وعدم إهمال تسجيل أي معلومات عن حالة المريض يمكن الرجوع إليها عند اتخاذ هذا القرار...

- ومن أخلاق الطبيب المسلم الثقة، اجتناب الكذب انطلاقاً من النصوص الشرعية لقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَكُونُوا۟ مَعَ ٱلصَّـٰدِقِينَ ﴿١١٩﴾﴾ [التوبة ١١٩][(١)]... وقوله ﷺ: «**الصدق طمأنينة والكذب ريبة**» [أخرجه الترمذي (٢٥٢٠) وصححه ابن حبان (٥١٢) والحاكم ١٣/٢][(٢)].

- كتم أسرار المريض وعدم البوح بها وحفظ السر من الأمانة الواجب حفظها لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِأَمَـٰنَـٰتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَٰعُونَ ﴿٨﴾﴾ [المؤمنون: ٨][(١)].

- استئذان المريض في كل ما يخصه من إجراءات طبية.

- غض البصَر فيحرم على المرء النظر إلى عورة غيره ما لم يكن هناك ضرورة فقال تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ﴾ [النور: ٣٠][(١)]. . . وفي الحديث الشريف: «لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل ولا المرأة إلى عورة المرأة» [أخرجه مسلم ٣٣٨][(٢)].

- اجتناب المحرمات إلا في حالات الضرورة من منع الخلوة ابتعاداً عن مواطن الشبهه وأحاديث السوء ففي الحديث الشريف «**لا يخلون رجل بامرأة**» [أخرجه البخاري ٤٨٣٢][(٢)].

وهذه الشروط الواجب توافرها في الطبيب المسلم الثقة هي التي تجعل قراره معتبراً من الناحية الشرعية والطبية على السواء.

كل مهنة في إطار العلاقات والمنافع المشروعة بين الناس أمانة، ولكن الأمانة في المفهوم الشرعي ليست مجرد إنجاز عمل تم الاتفاق عليه بين طرفين أو أكثر بل هي ـ بالإضافة إلى هذا ـ نية صادقة تعبر عن رغبة داخلية في إتقان العمل المنجز كما لو كان منجزه يريد هذا العمل لنفسه «لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه».

مسئولية الطبيب... والمريض

إن العلاقة التي تنشأ بين المريض والطبيب علاقة توجب طبيعتها التزام الطبيب ببذل جهده في علاج المريض، بعد إذنه وموافقته مع حسن نيته في العمل. . . كما توجب على المريض التزاما بقبول عمل الطبيب وعلاجه ونصائحه وقراره بالترخيص الطبى.

أدلة مشروعية المسئولية في العمل الطبي:

● دلالة الكتاب: دل الكتاب العزيز على مشروعية المسؤولية الطبية في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠][(١)]، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦][(١)]، وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ الآية [البقرة: ١٩٤][(١)].

● دلالة السنة: دلت السنه النبوية على مسؤولية الطبيب عن جنايته بعموم النهي عن الضرر فقد روى الإمام مالك في الموطأ أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار»[٢].

وروى أبو داود بسنده أن رسول الله ﷺ قال: «من تطبب ولم يُعلم منه طب فهو ضامن».

حكم عدم التزام الطبيب الحكم الشرعى:

إن أفتى الطبيب بعدم الصوم ولم يكن على علم كاف يالأحكام والقواعد الشرعية الخاصة بصيام المريض وكان المريض قادرا على الصيام دون خوف من حدوث مضاعفات فهو آثم لتفريطه بالأمانة لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]... وقال تعالى: ﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَـٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣][١]...

وإن أفتى بالصوم مع تأكد الضرر وحدوثه فهو ضامن لما روى أبو داود بسنده أن رسول الله ﷺ قال: «من تطبب ولم يُعلم منه طب فهو ضامن»[٢].

ويترك الحكم الشرعى النهائى لفقهاء المجمع الموقر.

حكم عدم التزام المريض بقرار الطبيب:

يمثل هذا الفعل قرارا من المريض بعدم التداوي وهي قضية اختلف فيها الفقهاء على أقوال أشهرها ما يلي:

القول الأوّل: إن التداوي مباح وهو قول جمهور أهل العلم من الحنفيّة والمالكية والشافعية والحنابلة. وإن اختلفوا هل الأولى فعله أو تركه[١٥].

القول الثاني: إنه واجب وهو قولٌ لبعض الحنابلة. وحصره بعض أهل العلم فيما إذا علم تحقق الشفاء[١٥].

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول على إباحة التداوي بأدلّة منها:

النصوص الشرعيّة المتكاثرة الدالة على عدم المنع من التداوي:

١ - كقوله تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنْ بُطُونِهَا شَرَابٌ مُخْتَلِفٌ أَلْوَانُهُ فِيهِ شِفَاءٌ لِلنَّاسِ﴾ [النحل: من الآية ٦٩][١].

٢ - وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: **«الحمى من فيح جهنم فأبردوها بالماء»** [البخاري (٥٧٢٥)، ومسلم (٢٥٦٧)][٢].

إلى غير ذلك من النصوص الدالة على أن فعل التداوي غير محظور ولا ممنوع.

واستدلوا على عدم الوجوب بعدة أدلة منها:

١ - عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة سوداء أتت النبي ﷺ فقالت: إني أصرع وإني أتكشف، فادع الله لي. قال: **«إن شئتِ صبرت ولك الجنة، وإن شئت دعوت الله أن يعافيك»**. فقالت: أصبر. فقالت إني أتكشف، فادع الله لي أن لا أتكشّف، فدعا لها. [البخاري (٥٦٥٢)، ومسلم (٢٥٧٦)][٢]. ولو كان دفع المرض واجباً لم يكن للتخيير موضع[١٥].

٢ - عن أسامة بن زيد رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: **«إذا سمعتم بالطاعون في أرض فلا تدخلوها، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا منها»** [البخاري (٥٧٢٨)، ومسلم (٢٢١٨)][٢].

ولو كان التداوي واجباً لم ينه ﷺ عن الفرار من الطاعون.

وأما القول الثاني فاستدل أصحابه بأدلة منها:

١ - أن ترك التداوي إلقاء بالنفس إلى التهلكة وهو منهي عنه، فيكون نظير ترك الطعام والشراب المفضي للموت. وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: من الآية ١٩٥][١].

٢ ـ عن أسامة بن زيد ـ رضي الله عنهما ـ أن رسول الله ﷺ قال: «**إذا سمعتم بالطاعون في أرضٍ فلا تدخلوها، وإذا وقع بأرضٍ وأنتم بها فلا تخرجوا منها**»[٢].

ففي الحديث دليل على أنه ينبغي على المسلم أن يتعاطى الأسباب الموجبة لنجاته من الهلاك، والتداوي والإذن به منها[١٥].

ويمكن مناقشة الدليلين بما يلي:

أولاً: إن النصوص الشرعيّة دلت على أن الشفاء يحصل بغير التداوي المعتاد قال تعالى: ﴿وَنُنَزِّلُ مِنَ ٱلْقُرْءَانِ مَا هُوَ شِفَآءٌ وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الاسراء: الآية ٨٢][١] فليس الدواء هو المتعين لرفع المرض وعليه فلا يكون تركه إلقاء بالنفس للتهلكة وهو بهذا يفارق الطعام والشراب.

ثانياً: أنّ الحديث لم يعمّ جميع الأمراض وإنما خصّ الطاعون، كما أنّه يأمرُ باجتناب الأسباب التي قد تفضي إلى المرض، وحديثنا عمّن وقع في المرض. فلا يشمله الحديث.

بل وأبلغ من ذلك أنّ آخر الحديث ينهى عن الفرار من الطاعون، ولو صَحّ استدلالهم بالحديث لأمرهم بالخروج من هذه الأرض، ولم يأمرهم بالبقاء.

الترجيح ...

وقد أفتى مجمع الفقه الإسلامي بأن التداوي يختلف حكمه باختلاف الأحوال والأشخاص. فيكون واجباً على الشخص إذا كان تركه يفضي إلى تلف نفسه أو أحد أعضائه أو عجزه أو كان المرض ينتقل ضرره إلى غيره كالأمراض المعدية.

ويكون مندوباً إذا كان تركه يؤدي إلى ضعف البدن ولا يترتب عليه ما سبق في الحالة الأولى.

ويكون مباحاً إذا لم يندرج في الحالتين السابقتين.

وعلى ذلك يأثم المريض إن صام وقد تأكد الضرر... ويترك الحكم الشرعي النهائي لفقهاء المجمع الموقر.

* * *

توصيات عامة

١) على أطباء المسلمين الإحاطة بالأحكام الشرعية المتعلقة بالمشكلات الطبية العامة وفي تخصصاتهم الخاصة... والحمد لله تعالى هناك من الفتاوي والأحكام الشرعية التي صدرت عن دور الإفتاء والمجمعات الفقهية الإسلامية المنتشرة في بقاع العالم الإسلامي خاصة قرارت مجمع الفقه الإسلامي الدولي ما يجعل الطبيب قادراً بإذن الله تعالى على إرشاد مرضاه إلى ما يرضي الله عز وجل ورسوله عليه الصلاة والسلام.

٢) على الفقهاء ومجامع الفقه الإسلامي على طول وعرض العالم الإسلامي تيسير مطبوعات مفصلة شاملة للأحكام الفقهية الخاصة بالمشكلات الطبية وتعميمها على المراكز الطبية بكل الطرق المتاحة.

٣) عمل دورات وندوات مشتركة بين الأطباء والفقهاء لمناقشة المشاكل الطبية المستجدة ورأي الشرع فيها تيسيراً لعامة المسلمين ومرضاهم خاصة.

٤) نشر كتيبات عن الرأي الفقهي في المشاكل الطبية التي تنتشر في بلاد المسلمين بصورة كبيرة ومنها على سبيل المثال مرض السكري... مرض الربو الشعبي... وبالإضافة إلى كتيبات عن تأدية العبادات مع الأمراض المختلفة «كالصوم والحج... والطهارة».

٥) نشر الوعي بأهمية استشارة الأطباء المسلمين الثقات والفقهاء ودور الفتوى بكل ما يخص الصيام في الأمراض المختلفة خاصة بمرض السكري.

٦) اشتراك المؤسسات الدينية والفقهاء وأئمة المساجد بتوعية المجتمع عن كيفية الوقاية من مرض السكري وحث الإسلام على حماية المجتمع الإسلامي من انتشار هذا المرض الفتاك وتأثيره السيء على المجتمع والأسرة.

٧) حث المرضى على محاولة ضبط مرض السكري خاصة قبل حلول شهر رمضان الكريم بوقت كاف لتيسير تأدية فريضة الصوم بدون خطورة تهدد حياتهم.

٨) مناشدة الدول الإسلامية والمؤسسات الطبيه بتفعيل برامج مشتركة للوقاية والعلاج لمرض السكري الذي أصبح يمثل انتشاره في البلاد الإسلامية انتشاراً يكاد يكون وبائياً.

٩) حث الدول الإسلامية على إنفاق مزيد من الأموال وتجنيد خبراتها العلمية والبشريه للوقاية والعلاج من مرض السكري من خلال إنشاء مراكز بحثية على مستوى عال تشارك العالم المتقدم في أبحاثه للتخلص من هذا المرض مع الأخذ بعين الاهتمام دعم المجامع الفقهية فيما يستجد من مشاكل طبية تحتاج رأياً فقهياً.

❋ ❋ ❋

المراجع

١ - القرآن الكريم.
٢ - كتب صحاح السنة النبوية الشريفة.
٣ - زاد المعاد. عن طريق موقع الشبكة الإسلامية www.islamweb.net. زيارة يوم ١٣ مايو ٢٠٠٦م.

4- The Canadian Society of Muslims: Muslim population statistics [article online]. 2000. Available from Accessed 14 April 2005.

5- An analysis of the world Muslim population by country / region [article online]. Available at Accessed 14 April 2005.

6- Salti I. Benard E. Detournay B. Binachi- Bicay M. Le Brigand C. Voinet C. Jabbar A. the EPIDIAR Study Goup: A population - based study of diabetes & its Characteristics

7- during the fasting month of Ramadan in 13

8- countries: result of the Epidemiology of Diabetes

9- and Ramadan 1422 /2001 (EPIDIAR) study.

10- Diabetes Care 27: 2306-2311.2004.

11- Tattersall RB.The history of diabetes mellitus.

12- Text book of diabetes 2003. black well science

13- Ltd 1.2-1.21.

14- Peter H.. Bennett & Knowler wc. Defination.

15- Diagnosis & classification of Diabetes Mellitus & glucose homeostasis. Joslin's Diabetes

16- Mellitus 2005 Joslin's Diabetes Center 331-338.

17- International Diabetes Federation: prevalence of

18- Diabetes. http://www.idf.com. Accessed 30 April 2006.

19- Wyckoff J.. Abrahamson MJ. Diabetes Ketoacidosis & Hyperosmolar Hyperglycemia state. Joslin's Diabetes Mellitus 2005 Joslin's Diabetes Center 807-899.

20- Cryer PE. Davis SN. Shamoon H: Hypoglycemia in diabetes (Review). Diabetes Care 26:1902-1912. 2003.

21- AL.Arouj M.. Bouguerra R.. Buse J. etal: Recom- mendation for management of diabetes during Ramadan. Diabetes Care 2305-2311.

22- Beckman JA. Creager MA. Libby P: Diabetes & athersclerois: epidemiology. pathophysiology & management. JAMA 287:2570-2581 2002.

23- Alghadyan AA: Retinal vein occlusion in Saudi Arabia: possible role of dehydration.Ann Ophthalmol 25:394-398. 1993.

24- Cruickshank K. & Beith C. The epidemiology of diabetic complications & the relationship to blood glucose control. Text book of diabetes 2003. black well science Ltd 46.1-46.8.

٢٥) الإذن في إجراء العمليات الطبيّة أحكامه وأثره - بحث منشور على شبكة المعلومات - د هاني بن عبدالله بن محمد بن جبير.

❋ ❋ ❋

مرض السكري والصوم

إعداد
الشيخ محمد المختار السلامي
مفتي الجمهورية التونسية سابقاً، عضو المجمع

بسم الله الرحمن الرحيم

اللهم صل أفضل صلاة وأزكاها وأتمها وأرقاها على إمامنا وشفيعنا وقائدنا ونبينا سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما مباركا فيه كما يرضيك ويرضيه وترضى به عنا يا رب العالمين.

مرض السكري والصوم

عرض علي سعادة الأمين العام للمجمع الدولي للفقه الإسلامي أن أدرس هذا الموضوع. وقد حدد كتاب الدعوة المحاور فيما يلي:

المحور الأول:

بيان الحالات المختلفة للمرض، وأثر الصوم في زيادة المضاعفات أو الخطر على المريض. مع بيان حكم الصوم في تلك الحالات في إطار الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الواردة في هذا الشأن،

ومدى اختلاف هذا الحكم حسب نوع الصوم، والحالة العمرية للمريض (كبار السن) وحال الحمل بالنسبة للمرأة.

المحور الثاني:

الشروط الواجب توفرها في الطبيب المعالج في هذه الحالة، ومتى يكون قراره معتبرا من الناحية الطبية والشرعية، مع بيان الحكم الشرعي في حالة عدم التزام الطبيب بحكم الشرع، وحالة عدم التزام المريض بقرار الطبيب بالترخيص الشرعي. أو عكسه.

المحور الثالث:

حكم إعادة الصوم بالنسبة للمريض من خلال تغير حالة المريض من الخطورة وعدمها.

أقول مستعينا بالله سائلا من كريم فضله أن يلهمني الصواب ويحمي مسيرتي من الخطأ والزلل إنه سميع مجيب.

هل السكري مرض ؟

اتفق الأطباء على أن السكري مرض ذو أطوار تختلف مستوياته اختلافاً بينا وكذلك مضاعفاته التي تؤثر على كثير من الأجهزة تأثيراً ربما يصل إلى تخريبها، وقد تُعرِض المصاب إلى أخطار متنوعة قد تهدد بقاءه.

ولذا فإنا نتعامل مع السكري باعتباره مرضاً لصاحبه أحكام المريض.

ما حكم صوم المريض؟

الآيات التي فرضت على المؤمنين صيام شهر رمضان قارنة ذلك بتفصيل بعض أحكامه هي قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٨٣﴾ أَيَّامًا مَّعْدُودَٰتٍ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ فَمَن تَطَوَّعَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَّهُۥ وَأَن تَصُومُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١٨٤﴾ شَهْرُ رَمَضَانَ ٱلَّذِىٓ أُنزِلَ فِيهِ ٱلْقُرْءَانُ هُدًى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَٰتٍ مِّنَ ٱلْهُدَىٰ وَٱلْفُرْقَانِ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُواْ ٱلْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُواْ ٱللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَىٰكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴿١٨٥﴾﴾(1).

افتتحت الآية بفرض الصيام على جميع المؤمنين. وثنت بأن من كان مريضاً أو مسافراً أفطر وقضى الأيام التي أفطر فيها.

والمرض ليس على مرتبة سواء: فحده الأدنى أن لا يتأثر الصائم

(1) البقرة: ١٨٣ ـ ١٥٨.

به إذا قام بأداء الواجب معه. وحده الأعلى أن يعرض الصائم نفسه إلى الخطر إن هو صام. وبينهما مراتب. ولفظ المرض يقال بالتشكيك على جميعها.

وقد اختلف السلف في المرض المبيح للفطر، فنقل الطبري بسنده عن طريف بن تمام العطاردي أنه دخل على ابن سيرين في رمضان وهو يأكل فلم يسأله، فلما فرغ قال: إنه وجعت إصبعي هذه.

ونقل عن آخرين: أنه المرض الذي ينهك الصائم ويضعف قواه. وقد جعل الحسن البصري أمارة ذلك، أنه لا يستطيع أن يصلي قائماً. فإذا بلغ المرض بالصائم هذا المستوى من التأثير فإنه يباح له الفطر. ومثله عن إبراهيم النخعي. وجعل بعضهم أمارة المرض المبيح للفطر أن يكون الأغلب من أمر صاحبه أن تزداد علته زيادة غير محتملة، وهو ما رواه الربيع عن الشافعي.

يعلق الطبري على ذلك بقوله: والصواب من القول في ذلك عندنا: أن المرض الذي أذن الله تعالى ذِكرُهُ بالإفطار معه في شهر رمضان، من كان الصوم جاهدَه جهداً غير محتمل. فكل من كان كذلك فله الإفطار وقضاء عدة من أيام أخر. وذلك أنه إذا بلغ ذلك الأمر، فإن لم يكن مأذوناً له في الإفطار فقد كلف عسرا، ومنع يسراً. وذلك غير الذي أخبر الله أنه أراده بخلقه ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾.

وأما من كان الصوم غير جاهدِه، فهو بمعنى الصحيح الذي يطيق الصوم، فعليه أداء فرضه(١).

واستمر الخلاف بين المفسرين إلى عصرنا هذا.

ذهب القرطبي في تفسيره إلى ترجيح الإذن في الفطر بأقل ما ينطلق عليه اسم المرض. يقول: قول ابن سيرين أعدل شيء في هذا الباب إن شاء الله تعالى. قال البخاري: اعتللت بنيسابور علة خفيفة

---

(١) جامع البيان ج ٢ ص ١٤٩/١٥٠.

وذلك في شهر رمضان، فعادني إسحاق بن راهويه في نفر من أصحابه فقال لي: أفطرت يا أبا عبد الله؟ فقلت: نعم. فقال: خشيت أن تضعف عن قبول الرخصة. قال: حدثنا عبدان عن ابن المبارك عن ابن جريج، قال قلت لعطاء: من أي المرض أفطر؟ قال: من أي مرض كان، كما قال الله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا﴾ قال البخاري: وهذا الحديث لم يكن عند إسحاق[(١)].

واعتمد قول ابن سيرين سيد قطب إذ يقول: وظاهر النص في المرض والسفر يطلق ولا يحدد. فأي مرض وأي سفر يسوغ الفطر على أن يقضي المريض حين يصح والمسافر حين يقيم. وهذا هو الأولى في فهم هذا النص القرآني المطلق، والأقرب إلى المفهوم الإسلامي في رفع الحرج ومنع الضرر. فليست شدة المرض ولا مشقة السفر هي التي يتعلق بها الحكم، إنما هي المرض والسفر إطلاقا لإرادة اليسر بالناس لا العسر. ونحن لا ندري حكمة الله كلها في تعليقه بمطلق المرض ومطلق السفر... وما دام الله لم يكشف عن علة الحكم فنحن لا نتأولها، ولكن نطيع النصوص ولو خفيت علينا حكمتها، فوراءها قطعا حكمة، وليس من الضروري أن نكون نحن ندركها... وقد يكون وراء الرخصة في موضع من المصلحة ما لا يتحقق بدونها. بل لا بد أن يكون الأمر كذلك. ومن ثم أمر رسول الله - ﷺ - أن يأخذ المسلمون برخص الله التي رخصها لهم[(٢)].

وكما ذكر الإمام الطبري هناك اتجاهان: الاتجاه السيريني الذي يرجح الأخذ بالرخصة إذا وجد ما يطلق عليه مرض أثر في الصائم أو لم يؤثر.

وملحظ هؤلاء أن الله أمر بالصوم فعلى المؤمن أن يذعن لأمر ربه ويقوم بالواجب، ورخص للمريض أن يفطر رحمة منه وتوسعة، فمن سوء الأدب مع الله أن يعرض المؤمن عما تفضل به عليه ربه من

---

(١) أحكام القرآن ج٢ص ٢٧٧.

(٢) في ظلال القرآن ج ٢ ص٧٥/٧٦.

التيسير، ليظهر بمظهر القوي المستغني عن الألطاف الإلهية.

كما يبدو لي من ناحية ثانية: أن الله جمع بين السفر والمرض، والمسافر أذن له في الفطر بإجماع العلماء سواء أصحب سفره مشقة أم لا. وشأن المتناسقين في الذكر أن يستويا في الحكم. وقد قال الفقهاء: إن السفر من باب التعليل بالمظنة، مؤكدين أن حصول انتفاء المشقة لا يرفع حكم الترخص. فملاحظة هذا الجانب تُرجح عندهم أيضاً الفطر بأدنى مرض.

الاتجاه الثاني: هو أنه ينظر في مناسبة المشقة للتخفيف. وأن المرض يبيح الفطر إذا كان الصوم معه يجعل الصائم في حرج زائد عن أصل المشقة الحاصلة مع العبادة. وهذا هو اتجاه الطبري كما قدمناه عنه وهو ما يرجحه معظم المفسرين. يقول ابن كثير: معناه ومن كان به مرض في بدنه يشق عليه الصيام معه أو يؤذيه... فله أن يفطر فإذا أفطر فعليه عدة ما أفطره من الأيام، ولهذا قال: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ أي إنما رخص لكم في الفطر في حال المرض وفي السفر مع تحتمه في حق المقيم والصحيح تيسيرا عليكم ورحمة[1].

ويقول الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: وقد اختلف الفقهاء في تحديد المرض الموجب للفطر، فأما المرض الغالي الذي لا يستطيع المريض معه الصوم بحال بحيث يخشى الهلاك فلا خلاف بينهم في أنه مبيح للفطر، بل يوجب الفطر. وأما المرض الذي دون ذلك فقد اختلفوا في مقداره، فذهب محققو الفقهاء إلى أنه المرض الذي تحصل به مع الصيام مشقة زائدة على مشقة الصوم للصحيح من الجوع والعطش المعتادين، بحيث يسبب أوجاعاً أو ضعفاً منهكاً أو تعاوده به أمراض ساكنة، أو يزيد في انحرافه إلى حد المرض أو يخاف تمادي المرض بسببه. وهذا قول مالك وأبى حنيفة والشافعي على تفاوت بينهم في التعبير. وأعدل العبارات ما نقل عن مالك لأن الله أطلق المرض ولم

(١) تفسير ابن كثير ج ١ص٢١٦.

يقيده، وقد علمنا أنه ما أباح للمريض الفطر إلا لأن لذلك المرض تأثيرا في الصائم[1].

وقد عقد شهاب الدين القرافي فرقاً بين المشقة التي تربو عن المعتاد في التكليف فيتبعها التيسير، والمشقة التي هي من طبيعة العبادة المكلف بها وهي لازمة للتكليف فلا يشرع الإذن في التخفيف من أجلها. يقول: المشاق قسمان: أحدهما لا تنفك عنه العبادة كالوضوء والغسل في البرد والصوم في النهار الطويل والمخاطرة بالنفس في الجهاد، فهذا قسم لا يوجب تخفيفاً في العبادة لأنه قرر معها.

وثانيها المشاق التي تنفك عن العبادة وهي ثلاثة أنواع: ما كان منها في الرتبة العليا كالخوف على النفس أو العضو، فهذا يوجب التخفيف. لأن حفظ هذه الأمور هو سبب مصالح الدنيا والآخرة، ولو حصلنا هذه العبادة لثوابها لذهب أمثال هذه العبادة، ونوع في المرتبة الدنيا كأدنى وجع في إصبع فتحصيل هذه العبادة أولى من درء هذه المشقة لشرف العبادة وخفة هذه المشقة. النوع الثالث مشقة بين هذين النوعين فما قرب من العليا أوجب التخفيف، وما قرب من الدنيا لم يوجبه، وما توسط بينهما يختلف فيه لتجاذب الطرفين.

ثم يتابع قائلاً: ما وقع مسقطاً للعبادات من المشاق لم يكتف الشرع في إسقاطها بمسمى تلك المشاق بل لكل عبادة مرتبة معينة من مشاقها المؤثرة في إسقاطها... العبادات مشتملة على مصالح العباد ومواهب ذي الجلال وسعادة الأبد فلا يليق تفويتها بمسمى المشقة مع يسارة احتمالها، ولذلك كان ترك الترخص في كثير من العبادات أولى، ولأن تعاطي العبادة مع المشقة أبلغ في إظهار الطواعية، وأبلغ في التقرب، ولذلك قال عليه السلام: «أفضل العبادات أحمزها»، أي: أشقها. وقال: أجرك على قدر نصبك[2]، ثم واصل القرافي كلامه مفرقا

---

(١) التحرير والتنوير ج٢ ص١٦٢.

(٢) أقرب ما وجدته لنص هذا الحديث ما أخرجه البخاري في العمرة أن النبي ﷺ قال لعائشة: «ولكنها على قدر نفقتك أو نصبك» فتح الباري ج٤ ص٣٦/٦١.

بين العبادات والمعاملات[1]: وبهذا التحقيق أخذ الأئمة الأربعة. فمذاهبهم أن المريض لا يفطر إلا من المرض الذي يضاعف علته أو يضعفه عن الصوم.

١) ففي المذهب الحنفي يقول في الدر: لمريض خاف الزيادة لمرضه وصحيح خاف المرض بغلبة الظن، أو بتجربة، أو بإخبار طبيب حاذق مسلم مستور[2].

٢) وفي المذهب المالكي قال ابن يونس ناقلاً عن المجموعة عن أشهب: في مريض لو تكلف الصوم لقدر عليه، أو الصلاة قائماً لقدر، إلا أنه بمشقة وتعب، فليفطر ويصلي جالساً ودين الله يسر. قال مالك: رأيت ربيعة أفطر في مرض لو كان غيره لقلت: يقوى على الصوم. إنما ذلك بقدر طاقة الناس. قال أبو محمد: من قول أصحابنا: إن المريض إذا خاف إن صام يوما أحدث عليه زيادة في علته أو ضرراً في بصره، أو غيره من أعضائه، فله أن يفطر. والذي حققه ابن العربي أن مالكاً لا يشترط خوف زيادة المرض وإنما يربط ذلك بالمشقة الحاصلة إذ يقول: تفطن مالك ـ رحمه الله ـ في المرض لنكتة. وهي أن المريض يفطر بمجرد المشقة وإن لم يخف زيادة المرض. وقال غيره من العلماء: لا يفطر إلا إذا خاف زيادة المرض[3].

ونقل البرزلي عن ابن أبي زيد إذا كان الصوم يضر به ويزيده ضعفاً أفطر. . . ويفطر الزمن إذا أضر به الصوم، وكذا كل صوم مضر يبيح الفطر[4].

وذكر أبو عمر بن عبد البر: ولا يفطر المريض حتى تصيبه مشقة غير محتملة، وليس لذلك حد، والله أعلم، ويعذر بالعذر، ولو تحامل

---

(١) الفرق الرابع عشر ج ١ ص١١٨/١٢٠.
(٢) رد المحتار ج ٢ ص١١٦.
(٣) المسالك في شرح موطأ الإمام مالك ج٤ص٢١٨.
(٤) مواهب الجليل ج٢ص ٤٤٨.

المريض فصام في الحال التي له أن يفطر فيها أجزأه[1].

٣) وفي المذهب الشافعي يقول النووي: المريض العاجز عن الصوم لمرض يرجى زواله لا يلزمه الصوم في الحال ويلزمه القضاء، هذا إذا لحقه مشقة ظاهرة بالصوم. ولا يشترط أن ينتهي إلى حالة لا يمكنه فيها الصوم، بل قال أصحابنا: شرط إباحة الفطر أن يلحقه بالصوم مشقة يشق احتمالها، ونظروه بالتيمم. وأما المرض اليسير الذي لا يلحق به مشقة ظاهرة لم يجز له الفطر[2]، بلا خلاف عندنا[3].

٤) وفي المذهب الحنبلي: وسن فطر وكره صوم لمريض يشق عليه بزيادة مرضه أو طوله، ولو بقول مسلم ثقة، وكذا إن خاف مرضاً بعطش أو غيره، أو كان صحيحاً فمرض في يومه فيسن فطره، ويكره صومه[4].

يقول ابن قدامة: أجمع أهل العلم على إباحة الفطر للمريض في الجملة. والمرض المبيح للفطر هو الشديد الذي يزيد بالصوم أو يخشى تباطؤ برئه. . .فإن تحمل المريض وصام، فقد فعل مكروهاً لما يتضمنه من الإضرار بنفسه، وتركه تخفيف الله تعالى، وقبول رخصته، ويصح صومه ويجزئه، لأنه عزيمة تركها رخصة، فإذا تحمله أجزأه. فهو كالذي يباح له الصلاة من جلوس فتحمل القيام، ومن يباح له ترك الجمعة فصلاها[5].

٥) وأما الظاهرية فإن ابن حزم ذكر المرض عرضاً في تعداد المطالبين بالقضاء[6]. ثم تعرض إليه ثانية في خلال بيانه لحكم

---

(١) الكافي ج١ص ٢٩٣.
(٢) هكذا بدون فاء عوض فلا يجوز.
(٣) المجموع ج٦ص٢٥٦.
(٤) الروض الندي ج١ص١٦٢.
(٥) المغني لابن قدامة ج ٤ص ٤٠٣/٤٠٤.
(٦) المحلى ج٦، ص١٨٥.

من جهده الجوع أو العطش فقال: فرض عليه أن يفطر، وأنه إذا خرج بذلك إلى حد المرض فصومه صحيح، ولا قضاء عليه، لأنه مكره مضطر[1]. وثالثة لما بين حكم صوم الحامل والمرضع والشيخ الكبير أنهم إن أفطروا لمرض بهم عارض فعليهم القضاء[2].

ولعل ابن حزم شعر بالتناقض في موقفه لما أوجب الفطر على المسافر دون المريض مع أنهما قد اقترنا في الآية، فلذلك لم يتبسط في أمر المريض.

ولخص ابن جزي أحكام المريض في الفطر تبعاً لشدة مرضه وتأثير الصوم عليه فقال: للمريض أحوال:

الأولى: أن لا يقدر على الصوم أو يخاف الهلاك من المرض أو الضعف إن صام، فالفطر عليه واجب. «ومؤداه أن الصوم حرام».

الثانية: أن يقدر على الصوم بمشقة فالفطر له جائز، وقال ابن العربي: هو مستحب.

الثالثة: أن يقدر على الصوم بمشقة ويخاف زيادة المرض، ففي وجوب فطره قولان.

الرابعة: أن لا يشق عليه الصوم ولا يخاف زيادة المرض بالصوم، فالفطر عليه حرام عند الجمهور خلافاً لابن سيرين[3].

ويقول الأبي: المذهب أنه يجوز الفطر بالمرض إذا خيف تماديه أو زيادته أو حدوث مرض آخر. قال الباجي: لا أعلم من خص الفطر بخوف الهلاك. وقال أبو عمر بن عبد البر: وقيل لا يفطر من خاف زيادته لأنها غير متيقنة. وقال اللخمي: صوم المريض إن لم يشق عليه وجب، وإن شق خير، وإن خيف طوله أو حدوث مرض آخر منع، فإن

(١) المحلى ج٦، ص٢٢٩.
(٢) المحلى ج٦، ص ٢٦٧.
(٣) القوانين الفقهية ص ٨٢.

صامه أجزأه. علق عليه الأبي بأن البغداديين من أصحاب مالك أنه يجوز الفطر والصوم إن خيف طول المرض أو حدوث مرض آخر. والوجوب إذا خيف التلف أو الأذى الشديد[١].

ولكن ما الحكم إذا كان المرض ملازماً والعجز عن الصوم مصاحبا للمكلف كالهرم، ومن كان داؤه من الأمراض التي لم يصل العلماء لطريقة علاجها؟

قضاء المفطر بعذر المرض في رمضان:

أجمع الفقهاء على أن الأصل أنه يجب على المفطر في شهر رمضان بعذر المرض أن يقضي ما فاته من الأيام التي أفطر فيها عندما تعود له استقامة بدنه، ويصبح قادرا على الصوم لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾.

ويتعلق بالقضاء أحكام كثيرة اختلف فيها الفقهاء. هل إن القضاء على الفور أو على التراخي؟ وهل يجب على الترتيب والتوالي؟ وما الحكم إذا أخر القضاء حتى لحقه شهر رمضان من العام القادم؟ ومن كان عذره غير منفك كالهرم فهل يجب عليه بدلٌ عن الصوم؟

وأقول باختصار: إن الراجح من أنظار الفقهاء في وجوب القضاء أنه ليس على الفور بمجرد ما يزول العذر المستند إليه في الفطر بعد شهر رمضان، بل للمعذور بعد زوال عذره أن يعجل القضاء وهو أفضل وبين أن يؤخره إلى أن لا يبقى من تلك السنة إلا مقدار ما يقضي فيه ما فاته.

وكذلك لا يجب على القاضي أن يوالي الأيام التي أفطر فيها، بل هو مخير بين أن يفرق بينها، وبين أن يسرد الصوم بمقدار ما فاته.

وإذا اختار تأخير القضاء حتى دخل شهر رمضان من العام التالي وهو قادر على قضاء ما فاته ولم يقضه، فالواجب عليه إطعام مد عن

---

(١) إكمال الإكمال ج٣، ص٢٥٨/٢٥٩.

كل يوم فاته قضاؤه. وهذا ما اتفق عليه الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد، ولم يوجب أبو حنيفة عليه إطعاماً.

أما إذا لازمه المرض ولم يرج له شفاء منه، بمعنى أن مشقة الصوم لا تنفك عنه في المستقبل وصاحبه العجز أو الإجهاد، فقد اختلف الفقهاء في إلزامه فدية عن الصوم؟

رأى أبو حنيفة وأحمد أنّ عليه فدية إطعام مسكين عن كل يوم أفطر فيه. وذهب مالك إلى أن الفدية غير واجبة واختلف النقل عنه في استحبابها، وكذلك اختلف قول الشافعي والأصح وجوبها[(١)].

الخلق المحكم:

إن القسم الأول أعلاه قد تتبعت فيه أحكام الصيام بالنسبة للمرضى بصفة عامة مع ملاحظة الاقتراب من الموضوع الأصلي.

وفي هذا القسم الثاني سوف أتعرض للتطبيقات الفقهية الكاشفة عن أحكام صيام المصابين بمرض السكري.

وأبني كلامي هذا على مقدمة تبين خاصية هذا المرض وأنواعه واختلاف درجاته حسبما استفدته من كلام علماء الطب والتغذية عن هذا المرض الآخذ في الانتشار بين البشر. وليس إدراك انتشاره ناتجا عن التوسع في العناية الطبية بالإنسان والكشف عن الاختلالات التي يصاب بها، بل يقرر الأخصائيون أن لتغير أنماط الحياة والتغذية الدور الكبير في ذلك.

والتعرف على هذا المرض يثير أمراً هاماً نذكر به لما يترتب عليه من تقوية للإيمان في قلوب وعقول المستبصرين. كما قال تعالى: ﴿سَنُرِيهِمْ ءَايَٰتِنَا فِى ٱلْءَافَاقِ وَفِىٓ أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ ٱلْحَقُّ﴾[(٢)].

---

(١) إكمال الإكمال ج ٢٦٢/٣٢٥٩؛ المجموع شرح المهذب ج٦ ص ٢٦٠/٢٥٧؛ المغني ج ٤ ص ٣٩٦/٣٩٣.

(٢) فصلت: ٥٣.

لقد تأكد على أنه حقيقة علمية استندت إلى التجارب المتكررة، أن الله قد أحسن خلق كل جزء من أجزاء الإنسان، وأنه أودع فيه من الأسرار ما ينادي بأنه مستند إلى العليم الحكيم الذي لا تخفى عليه خافية، وأن كل جزء وكل جهاز ليس معزولاً عن بقية الأجزاء والأجهزة، ولكنه مرتبط بها في نظام شامل كأدق ما يكون التنظيم، وأبلغ ما يكون الإحكام. قال سيدنا موسى لما سئل عن ربه: ﴿رَبُّنَا ٱلَّذِىٓ أَعْطَىٰ كُلَّ شَىْءٍ خَلْقَهُۥ ثُمَّ هَدَىٰ﴾(١).

طاقات ووحدات حرارية تأتي من الطعام الذي يتناوله الإنسان ثم تتحول إلى كل جزء من التركيب البشري ليستهلكها في القيام بوظائفه، ويتجدد العطاء باستمرار، وبميزان بالغ الدقة، لا يقوم الجزء أو الجهاز بوظيفته على أتم وجه إذا نقصت الوحدات التي هو في حاجة إليها، وكذلك إذا زادت فتدفقت كميات تفوق ما يطلبه حسب نظامه الذي أعطاه خالقه إياه.

وهو ما يشير إليه قوله تعالى: ﴿وَكُلُّ شَىْءٍ عِندَهُۥ بِمِقْدَارٍ ﴿٨﴾ عَٰلِمُ ٱلْغَيْبِ وَٱلشَّهَٰدَةِ ٱلْكَبِيرُ ٱلْمُتَعَالِ ﴿٩﴾﴾(٢). وقوله تعالى بعد أن ذكر خلق الإنسان والكون وما بث فيه من كواكب محسوبة في كياناتها وأبعادها بحساب دقيق أنه وضع الميزان. وضع الميزان في عالم الروح والعقل، وفي عالم المادة، في المجرات التي لا يستطيع الإنسان أن يدركها بحواسه لعظمتها، وفي الذرة الصغيرة التي لا تكتشفها العين المجردة لضآلتها.

يتناول الإنسان طعامه، فيتحول في دقة متناهية كل جزء ينتفع به من غذائه إلى طاقة أو إلى بناء الأجهزة المختلفة، فالعظام أو الدم أو نسيج الجلد أو أجهزة العين أو السمع أو الدماغ أو العضلات إلى آخر القائمة الطويلة، هي متحركة ما دام الإنسان حياً، والطاقة المحركة لها لتقوم بوظائفها تتجدد باستمرار. وإذا لم يتجدد الإمداد بالطاقة أو تراكم

---

(١) طه: ٥٠.

(٢) الرعد: ٨، ٩.

بمقدار أكثر من الحاجة المضبوطة حصل الاختلال وفقد الإنسان تبعاً لذلك على نسب متفاوتة قدراته، من الضعف والوهن إلى أن يصل الأمر إلى الموت.

مرض السكري:

يفرز البنكرياس السليم هرمون الإنسولين بكمية كافية تستجيب لتأثيره خلايا الجسم.

بحث للأستاذ د. مشعل يقول فيه: إن هذا الهرمون له فاعلية أساسية في عمليات الاستقلاب والتعامل مع الغذاء بشكل عام، ومع السكر بشكل خاص لإنتاج الطاقة اللازمة للجسم ولبناء الأجهزة المختلفة، ويؤدي فقدانه الكمي أو النوعي إلى تراكم السكر في الدم بدرجات لم تتعود عليها أنسجة الجسم، مما يتسبب في إحداث اختلالات عديدة قد تظهر على المدى القريب أو البعيد[١].

يتبين من ذلك أن مرض السكري هو نتيجة اختلال في هرمون الإنسولين، إما بتعطل البنكرياس عن إفرازه تماماً أو هبوط ما ينتجه عن الكمية اللازمة. وفي حالات قليلة عدم الاستجابة لهذا الهرمون وعدم التفاعل معه.

ونظراً للتقدم العلمي في الميدان الطبي في مختلف اختصاصاته فقد وصل العلماء إلى أن مرض السكري أنواع، وتمكنوا من تحديدها ومن التعرف على خصائصها وأسباب حدوثها. وهي حسبما ذكروه تتنوع إلى الأنواع الآتية:

١) مرض السكري من النوع الأول.

٢) مرض السكري من النوع الثاني.

٣) مرض سكري الحمل.

---

(١) بحث أ. د. أحمد علي مشعل ص ٣.

٤) أنواع أخرى كالناتج عن بعض أمراض البنكرياس، أو عن اختلالات هرمونية، أو الناتج عن تناول بعض الأدوية. . .

السكري من النوع الأول:

يصاب الإنسان بهذا المرض إذا أصبح البنكرياس لا يفرز هرمون الإنسولين تماماً. ويمكن أن يصاب به الإنسان في أي مرحلة من مراحل عمره من الطفولة إلى الشيخوخة. وقد وصل العلماء لمعرفة أسباب هذا التعطل.

والاكتشافات التي تمت وخاصة التقدم الذي حصل في زرع الأعضاء ومنها البنكرياس، وعلم الجينات لتنشيط البنكرياس حتى يمد الجسم بما هو في حاجة إليه من الأنسولين. كل ذلك مبشر بقرب الظفر بتمكن الأطباء بعون الله من شفاء مرض السكري هذا.

ولكن قبل أن يتحقق في الواقع ما ينتظره المرضى وأطباؤهم من تمكن العلم من شفاء مرضى السكري، فإن هؤلاء المرضى لا غنى لهم عن حقن الأنسولين التي يجب أن يتم تناولها تحت رقابة طبيب مختص ورعايته، الذي ينصح المريض بتحديد الكميات التي يتطلبها جسمه وأوقات تناولها ونوعها، وبهذا يستطيع الطبيب مع توفيق الله ولطفه أن يخفف من أعراض السكري وتداعياته، ويحيى المريض مع السكري حياة سوية، ويتكيف الجسم معه.

ولكن الإشكالية في قيام المريض بفريضة الصيام، إذ إن نظام حياته يختلف عن بقية العام، لأنه بتناول الدواء يحصل نظام في أجهزته وتكيف فيها يحصل به ما ذكرناه من تأقلمه مع مرض السكري المصاب به. وهذا النظام يختل في فترة الصيام.

ولكن مع ذلك فقد تيقن الأطباء من أن الجسم يستطيع التكيف مع الصيام لضمان استمرار قيام الأجهزة المختلفة في الجسم بنشاطها، وأنه بعد أن تستنفد أجهزة الجسم ما حصلت عليه في طعام السحور، يستمد كل جهاز ما هو في حاجة إليه من المخزون في الكبد أو من الدهون،

بطريقة محكمة وعجيبة جداً، ما توصل العلم بعد إلى فتح جميع أسرارها.

ولكن الذي يمكن أن يحدث لمرضى السكري هو أن يهبط المخزون من السكر وقد تؤدي هذه الحالة إلى غيبوبة أو ما هو أخطر منها.

وبما أن مرضى السكري من هذا النوع بعضهم يأخذ جرعة واحدة من الأنسولين في اليوم، وبعضهم ينصحه الطبيب بأخذ أكثر من جرعة في اليوم، ويضطرب مستوى السكر عندهم، وخاصة المصابون من الشباب والشيوخ، فإن حكم الأخذ برخصة الإفطار تختلف.

فالنوع الأول الذي يكتفي فيه المريض بجرعة واحدة من الأنسولين في اليوم، وكان مستوى السكر عندهم منتظماً، ولم يحدث أن هبطت عندهم كمية السكر في الأشهر الثلاثة قبل شهر رمضان، فإن الأصل أن الطبيب المباشر لا ينصحه بالإفطار، بل إن كثيراً من الذين ظهرت عندهم أعراض السكري مع زيادة في الوزن، قد تبين أن الصيام إذا صحبه نظام في التغذية نوعاً وكماً، فإنه يكون مساعداً على التغلب على المرض. لكن إذا وجد من نفسه مشقة في الصوم زائدة على ما يصحب الصيام عادة، فإن ما حرره الإمام مالك أن زيادة المشقة تعطي للمسلم الأخذ بالرخصة كما بيناه أعلاه.

والذي نؤكده أنه لا غنى عن استشارة الطبيب وتطبيق نصائحه فيما يتناوله من الأغذية والطعام في صيامه.

أما النوع الثاني الذي يأخذ أكثر من جرعة من الأنسولين في اليوم، والذين لا ينتظم عندهم السكر بل يعلو وينزل، وخاصة الشباب والشيوخ، فإن الأصل أن الطبيب المباشر لهم ينصحهم بالإفطار، ولا بد لهم من التشاور مع الطبيب قبل شهر رمضان.

وأنه إذا كان يظن أن الصيام يعرض حياتهم للخطر، أو يضاعف مرضهم، أو يعرضهم إلى تفاعلات خطيرة، فإن عليهم أن يمتنعوا من الصيام. والمؤمن مؤتمن على جسمه ليس له أن يعرضه للخطر.

روى ابن أبي جحيفة عن أبيه قال: آخى النبي ﷺ بين سلمان وأبي الدرداء، فزار سلمان أبا الدرداء، فرأى أم الدرداء متبذلة، فقال لها: ما شأنك؟ قالت: أخوك ليس له حاجة في الدنيا. فجاء أبو الدرداء فصنع له طعاماً، فقال: كل، قال: فإني صائم. قال: ما أنا بآكل حتى تأكل. قال: فأكل. فلما كان الليل ذهب أبو الدرداء يقوم، قال: نم. فنام، ثم ذهب يقوم، فقال: نم. فلما كان من آخر الليل قال سلمان: قم الآن، فصَليا. فقال له سلمان: إن لربك عليك حقاً، **ولنفسك عليك حقاً**، ولأهلك عليك حقاً، فأعط **كل ذي حق حقه**. فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له، فقال النبي ﷺ: «**صدق سلمان**»[1].

وروى الإمام أحمد عن النبي ﷺ أنه قال: إن هذا الدين **متين فأوغلوا فيه برفق**»[2].

الثقافة الدينية: بحمد الله نجد أن كثيراً من المسلمين يتسابقون إلى مرضاة الله والإقبال على الطاعات والقيام بما أوجبه عليهم، وخاصة في شهر رمضان، ويثقل عليهم أن يفطروا، إذا كانوا مرضى، وأعضاء أسرهم وأصدقاؤهم صائمون، فيحملون أنفسهم جهد الصيام وهدفهم الفوز برضوان الله في هذا الشهر. وهذه مظاهر إيجابية بالنظرة الأولى. ولكن الطاعة لا تكمن في المشقة كما وردت بذلك أحاديث كثيرة، وحقق ذلك الشاطبي. بل الطاعة التي تُقرب من الله زلفى هي أن يكون المؤمن على صلة بربه، وأن يحافظ على هذه الصلة في جميع ظروف حياته. ولذا فإنه إذا كان الصيام سيفضي إلى انقطاع الصائم عن كثير من العبادات بإعراضه عن الرخصة، وأنه في النهاية سيعجز عن الصيام وينقطع أيضاً عن بقية العبادات التي كان يمكنه أن يتقرب بها إلى الله لو أخذ بالرخصة، فإنه يظهر تبعاً لذلك أن عدم الأخذ بالرخصة ينتهي إلى نقيض ما قصده. ويظهر بجلاء حرمة الصيام إذا كان مفضياً للهلاك. لكن لو ارتكب الإثم وصام فإن صيامه صحيح.

---

(١) فتح الباري ج٥ص١١٤.

(٢) المسند ج ٣ ص١٩٩.

مرض السكري من النوع الثاني:

هذا هو النوع الأكثر انتشاراً، ويعود سببه إلى عدم قدرة خلايا الجسم عن الانتفاع بالإنسولين الذي يفرزه البنكرياس، واستمراره يفضي إلى تعطل البنكرياس عن القيام بوظيفته، وللسمنة وثقل الوزن دور كبير في حيلولة تعامل خلايا الجسم مع هرمون الإنسولين.

والغالب أن هؤلاء يستطيعون بعون من الله أن يتغلبوا على مرضهم إذا هم التزموا بنظام غذائي صحي، ومارسوا الرياضة وخففوا من أوزانهم.

وقد أظهرت النتائج أن عدداً غير قليل من هؤلاء تم شفاؤهم ولم يعد مرض السكري للظهور عندهم.

صيام أصحاب هذا النوع الثاني:

الأصل أن هؤلاء يستطيعون الصوم إذا لم يخش الطبيب من تفاقم المرض عندهم أثناء الصوم. ولذا فإنهم إذا كانوا لا يجدون مشقة زائدة في الصيام فإنه يحرم عليهم الإفطار عند أصحاب المذاهب الأربعة. لكن إذا لقي الصائم حرجاً ومشقة من الصيام فله أن يأخذ بالرخصة.

التأكيد الأول:

أريد أن أؤكد على مريض السكري كغيره أن لا يعتمد في قرار صومه على ما يأخذه من النشريات الصحية والجرائد والمجلات. بل عليه أن يراجع الطبيب المختص، وهو الذي يستطيع أن يبين له وضعه الصحي الحقيقي: هل يتمكن من الصيام دون أن يعرض نفسه للخطر، أو إن الصيام يعرضه لمضاعفات خطيرة الله أعلم بما تؤول إليه؟ وهذا ما جعلني عدلت في بحثي هذا عن التدقيقات الطبية التي ذكرها الأطباء في بحوثهم حتى لا يعتمده القارئ له ويبني عليه وحده قراره في الصوم أو الفطر.

التأكيد الثاني:

إن العلوم الطبية ليست من العلوم الصحيحة اليقينية، ولذا فإن المستوى العلمي الطبي في تطور مستمر، وباستمرار تظهر في العالم اكتشافات جديدة، سواء في ضبط أعراض المرض وتطوره، أو في طريقة العلاج، أو في الأدوية والأمصال. وهذا ما يفرض على المريض أن يتجدد عوده إلى الطبيب ليتخذ قراره على بصيرة إما بالصوم أو بالأخذ بالرخصة، ولا يعتمد على ما قرره له الطبيب في العام الماضي.

مرض سكري الحمل:

هو السكري الذي يظهر على بعض النساء في فترة الحمل، ونسبة إصابة النساء الحوامل به بين ٧ و١٠٪. والأم في هذه الحالة بحاجة إلى تناول الكمية اللازمة من الأنسولين التي يقدرها الطبيب كماً ونوعاً، وذلك للحفاظ على سلامتها وعلى سلامة الجنين وخاصة على جهازه العصبي. وهذا أمر متفق عليه بين الأطباء.

الطبيب الذي يعتمد:

يقول ابن نجيم: معرفة خطر الصيام باجتهاد المريض، والاجتهاد غير مجرد الوهم بل هو غلبة الظن، عن أمارة أو تجربة، أو بإخبار طبيب مسلم غير ظاهر الفسق، وقيل عدالته شرط[1].

وفي الدر المختار: بإخبار طبيب حاذق مسلم مستور، وأفاد في النهر تبعاً للبحر جواز التطبب بالكافر فيما ليس فيه إبطال عبادة. يعقب الحصكفي بقوله: وفيه كلام لأن عندهم نصح المسلم كفر.

ويعلق ابن عابدين فيقول: أما الكافر فلا يعتمد على قوله، لاحتمال أن غرضه إفساد العبادة. كما يعلق على قوله مستور، وقيل: عدالته شرط، وجزم به الزيلعي، وظاهر ما في البحر ضعفه.

---

(١) البحر الرائق ج ٢ص٣٠٣.

وإذا أخذ بقول طبيب ليس فيه هذه الشروط وأفطر، فالظاهر لزوم الكفارة كما لو أفطر بدون أمارة ولا تجربة لعدم غلبة الظن. **والناس عنه غافلون**[١].

ويقول الحطاب: ويقبل قول الطبيب المأمون: أنه يضر به الصوم[٢].

ويقول العدوي: بقبول طبيب عارف ولو ذمياً عند الضرورة كما قاله البدر[٣].

المواصفات التي نستطيع استخلاصها من هذه النصوص:

أ) المعرفة وحذق الصناعة: اتفق كلام الفقهاء على أن الطبيب لا بد أن يكون عارفاً. والمعرفة في زماننا يضمنها قبول الطبيب لمباشرة الطب حسب نظام الدولة التي يعمل فيها.

ب) العدالة: قبل بعضهم أن يكون غير ظاهر الفسق مستور الحال، واشترط بعضهم ظهور العدالة. والرأي عندي أن لا يكون الطبيب المسلم قد عرف منه التهاون بالدين وعدم الالتزام بأحكامه، من المستغربين الذي وهنت صلاتهم بالإسلام، ونفسية كثير منهم أن يشاركهم في التهاون بالصوم أكبر عدد من الناس. أعرف طبيباً ماهراً في أمراض المعدة كان يلزم مرضاه بالإفطار في شهر رمضان على أن الصيام يعرضهم حتما إلى حصول ثقب في المعدة بما يتجمع من الحامض الذي تفرزه، مع أن الصيام وأخذ الدواء المعطل للإفرازات هو يساعد على الشفاء التام كما حققه لي كثير من مهرة الأطباء في هذا الاختصاص.

ج) الإسلام: الراجح عند الحنفية أنه لا يعتمد الطبيب الكافر. وبنى على ذلك ابن عابدين أنه لو أفطر تبعاً لنصحه أن عليه الكفارة.

---

(١) رد المحتار ج ٢ص ١١٦.

(٢) مواهب الجليل ج٢ص٤٤٩.

(٣) حاشية العدوي على شرح الخرشي ج ٢ ص٢٦١.

وانفرد العدوي بالتفرقة بين الضرورة وعدمها فأجاز اعتماد قول الطبيب الذمي عند الضرورة.

ولعل الأولى بالقبول: أن العبرة بغلبة الظن، وغلبة الظن تقتضي أن يبذل المجتهد غاية ما يمكنه من البحث عن الحقيقة. وهذا كما يعبر عنه حذاق الفقهاء، هو اختلاف في حال. فإذا كان المسلم مقيماً في بلد يجد فيه من أهل الخبرة من الأطباء المسلمين، فلا يعتمد في الترخص إلا على قول طبيب مسلم، أما إذا كان في بلد لا يجد فيه طبيباً مسلماً، والطبيب الذي يعالجه كامل أيام السنة كافر، وقد ظهر له صدقه وخبرته، فإذا شرح له مستوى مرضه وما يترتب على صيامه من أخطار، وحصل عنده ظن قوي بصدقه وأمانته، فله أن يعتمده وهو غير آثم إذا أخذ بالرخصة وأفطر. واعتمد في هذا على نظير لذلك، وهو ما شرعه الله للمسافر عند كثير من العلماء أن يُشهِد على وصيته غير المسلمين إذا حضره الموت ولم يجد حوله من يتحملها من المسلمين العدول. قال تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ شَهَـٰدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِى ٱلْأَرْضِ﴾[1].

يقول الشيخ ابن عاشور: (معنى منكم) من المؤمنين... وعلى هذا درج جمهور المفسرين، وهو قول أبي موسى الأشعري، وابن عباس، وسعيد بن المسيب، وقتادة، والأئمة الأربعة. وهو الذي يجب التعويل عليه، وهو ظاهر الوصف بكلمة (منكم) في مواقعها في القرآن.

ويترتب على هذا التفسير أن يكون معنى مقابله «من غيركم» أنه من غير ملتكم. فذهب فريق ممن قالوا بهذا التفسير إلى إعمال هذا، وأجازوا شهادة غير المسلم في السفر في الوصية خاصة. وخصوا ذلك بالذمي... وهو قول أحمد والثوري، وسعيد بن المسيب، ونسب لابن عباس، وأبي موسى. وذهب فريق إلى أن هذا منسوخ بقوله تعالى:

---

(١) المائدة: ١٠٦.

﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي، ونسب إلى زيد بن أسلم[1].

وناقش ابن العربي من ادعى النسخ بأن سورة المائدة من آخر ما أنزل على رسول الله ﷺ كما قاله ابن عباس والحسن وغيرهما، وأن النسخ لا يصار إليه إلا مع التعارض، ولا تعارض بين آية الوصية وآية الدين[2].

ونظير هذا أيضاً ما ذكره النظار من الفقهاء وأول ما رأيته لابن عبد السلام، ثم انتشر تأييد هذه الفتوى في جميع الأعصار بعده، وهي كما يقولون أنه إذا فسد الزمان[3] تبعاً لعوامل متعددة وانحل المجتمع الإسلامي، وصعب على من يريد أن يوثق حقوقه بالشهادة، صعب عليه أن يجد العدل الرضا، فإنه يشهد مستور الحال في التحمل، ويعتمده القاضي عند أداء شهادته بين يديه ويحكم بها، مع أن الآية صريحة في اشتراط العدالة ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ لأنه في هذه الحالة لو وقفنا عند منطوق الآية لضاعت حقوق الناس وتعطلت مصالحهم. واشتراط العدالة والرضا هو من أجل الحفاظ على حقوق البشر. فهذا المقصد الشرعي المتحقق بتتبع موارد الشريعة في أكثر من موضع هو الذي هداهم إلى الفتوى بقبول مستور الحال.

واليوم مع انتشار المسلمين في جميع بقاع الأرض، وما فرض من تقنينات الجنسية وتحديد الهجرة، هو ما جعل كثيراً من المسلمين مجبورين على الإقامة في بلاد الكفر، ويعرضون أنفسهم عند اختلال صحتهم في تلكم الظروف على الطبيب غير المسلم إذ لا يجدون طبيباً مسلماً عارفاً ثقة يعتمدونه، والتجربة المتكررة كشفت عن ثقة في عديد من هؤلاء الأطباء غير المسلمين، ففي هذه الحالة يأخذ المريض بالسكري على ما يصفه له الطبيب غير المسلم في معالجة مرضه،

---

(١) التحرير والتنوير ج ٧ ص ٨٥.

(٢) انظر بقية كلامه ج ٦ ص٣٥٠ الجامع لأحكام القرآن.

(٣) أي ضعف التمسك بالدين.

ويعتمد ما ينصحه به من الصيام أو الأخذ بالرخصة.

والله أعلم وأحكم، وهو حسبي ونعم الوكيل، نعم المولى، ونعم النصير، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، وصلى الله على سيدنا محمد خاتم المرسلين وعلى آله وصحبه إلى يوم الدين. ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا.

كتبه فقير ربه راجي عفوه وفضله

محمد المختار السلامي

❊ ❊ ❊

العرض والمناقشة والقرار

أولاً: العرض

معالي الأستاذ الدكتور صالح بن عبدالله بن حميد (الرئيس):

بسم الله الرحمٰن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، وصلّى الله وسلّم وبارك على خير خلقه نبينا محمد، وعلى آله وأصحابه أجمعين.

بعون الله وتوفيقه تفتتح الجلسة المسائية الأولى وموضوعها: مرض السكري والصوم، وهو استكمال لما تمّ بحثه في دورة ماضية، والبحوث المقدّمة فيها خمسة بحوث، والعارض هو فضيلة الدكتور عبدالناصر أبو البصل، والمقرر هو الدكتور حسان شمسي باشا. وأدعو فضيلة الدكتور عبدالناصر أبو البصل ليقدّم عرضاً لهذه البحوث.

فضيلة الأستاذ الدكتور عبدالناصر موسى أبو البصل (العارض):

بسم الله الرحمٰن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

سنعرض في هذه الجلسة خلاصة لستة بحوث متخصصة، اشترك في إعدادها أهل الاختصاص من الأطباء والفقهاء وهم:

١ ـ سعادة الأستاذ الدكتور أحمد رجائي الجندي، الأمين العام المساعد للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت.

٢ ـ فضيلة الشيخ بدر الحسن القاسي، نائب رئيس مجمع الفقه الإسلامي بالهند.

٣ ـ فضيلة الدكتور عبدالرحمٰن بن عبدالله السند، الأستاذ المشارك ورئيس قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء بالرياض.

٤ ـ سعادة الأستاذ الدكتور عصام محمد موسى، الأستاذ المساعد بكلية الطب جامعة الأزهر، والاستشاري بمستشفى جدة الوطني.

٥ ـ سماحة الشيخ محمد المختار السلامي، مفتي الجمهورية التونسية سابقاً، وعضو المجمع.

٦ ـ لمحدثكم عبدالناصر أبو البصل.

وقد اتسمت البحوث المقدّمة بالاعتماد على المعرفة الطبية العلمية أساساً لبناء الحكم الشرعي، واتفقت على تناول المحور الأول، والمحور الثاني، واختلفت في بيان المحور الثالث، وأما المحور الأول المتعلق بالحالات المختلفة للمرض وأثر الصوم على المريض فقد تمّ فيه:

أولاً: تعريف مرض السكري:

يطلق المرض على الحالة التي ترتفع فيها نسبة السكر في الدم فوق المعدل الطبيعي نتيجة خلل في كمية هرمون الأنسولين، لكون الخلايا الخاصة به في البنكرياس لا تفرزه أصلاً، أو تفرزه بكمية غير كافية، أو لخلل في استجابة خلايا الجسم له.

وبما أن الإنسولين ضروري جداً لإحداث عملية التوازن في مستوى السكر في الدم وهو يعمل كمفتاح لأبواب الخلايا للاستفادة من الطاقة (السكر) التي تمدّ الخليّة، وباختلالها تحدث المشكلات.

ثانياً: أنواع وحالات مرض السكري:

يكاد يتفق المتخصصون على ذكر ثلاثة أنواع للسكري، هي:

النوع الأول: والذي كان يطلق عليه السكري المعتمد على الإنسولين، أو سكري الشباب، أو الأطفال.

وهذا النوع يعود سببه إلى عدم قدرة الجسم على إنتاج الإنسولين مطلقاً، كأن يتوقف البنكرياس عن إنتاجه، أو أن الجسم ينتج كمية غير كافية من الإنسولين، وبذلك لا يتمكن الجسم من امتصاص (الجلوكوز/

السكر) الذي يحتاجه، وهذا النوع يحتاج في العلاج إلى الإنسولين (الحقن) لإعادة التوازن في نسبة السكر، كما يحتاج إلى الحمية، وغير ذلك مما يساعد على التخفيف من مشكلات هذا المرض، وللتعايش معه.

النوع الثاني: وكان يطلق عليه السكري الذي لا يعتمده مرضاه على الإنسولين علاجاً رئيساً للمرض، أو سكري الكهول. وهذا النوع هو الأكثر شيوعاً يعاني منه ٩٠٪ من المصابين.

والفرق بينه وبين النوع الأول: أن الجسم في النوع الأول لا ينتج الإنسولين، أو ينتجه بكمية قليلة يحتاج معها إلى مُكمِّل من الإنسولين، بينما في النوع الثاني الجسم يفرز الإنسولين، ولكنه يجد صعوبة في استعمال هذا الإنسولين؛ ليؤدي دوره بشكل فعّال.

النوع الثالث: «سكري الحمل»: وهذا النوع يصيب ٧ ـ ١٠٪ من النساء الحوامل. وعندما يصبح جسم المرأة الحامل يكون غير قادر على إنتاج أو استعمال كمية الإنسولين اللازمة في حالة لحمل، وهذا النوع يحتاج إلى العلاج والسيطرة عليه بالإنسولين، حسب قرار الطبيب.

وهناك أنواع أخرى للسكري الناتج عن بعض الأدوية، أو الأمراض التي تصيب البنكرياس، أو الاختلالات الهرمونية.

ثالثاً: أثر الصوم على مضاعفة المرض:

يطلق على مرض السكري اسم القاتل الصامت، كما يُشبَّه أيضاً بالحصن الجامح، إن لم تلجمه طوال الوقت يدمّر ويهلك الجسد. فالتهاون في أمر معالجة هذا المرض، أو عدم تفهُّم نظامه وأصول التعايش معه يؤدي إلى مضاعفات خطرة، بعض هذه المضاعفات تظهر في المدى القريب، وبعضها تتأخر أعراضه ومظاهره أو آثاره.

ومن المضاعفات: ارتفاع نسبة السكر في الدم، وقد أكدت بعض الدراسات أن بعض المرضى الصائمين تدهورت حالتهم، وهناك مَن تحسنت حالته على المدى القصير من أعراض المرض من الإعياء

والضعف والعطش والتهاب الأعصاب واختلال الإبصار وتقرحات القدم والتهاب الشبكية.. وهبوط السكر وارتفاعه.

وقد أظهرت عدة دراسات أجريت على صيام مرضى السكري أن هناك زيادة في نسبة حدوث بعض المضاعفات الحادة والمزمنة لمرضى السكري عند الصائمين منها:

١ ـ نوبات انخفاض السكر بالدم.

٢ ـ نوبات ارتفاع السكر بالدم.

٣ ـ الغيبوبة الكيتونية.

٤ ـ الجفاف وزيادة احتمالية حدوث جلطات دموية.

أما على المدى البعيد، فقد أثبتت الأبحاث بأن زيادة نسبة السكري في الدم لها تأثيرات كثيرة وخطيرة على المستوى البعيد على معظم أعضاء الجسم الداخلية والخارجية إذا لم تتم السيطرة على مستوى السكري في الدم، ولعل أبرزها:

١ ـ اعتلال الشبكية.

٢ ـ اعتلال الكليتين.

٣ ـ اعتلال الأوعية الدموية بالقلب.

٤ ـ اعتلالات الأوعية الدموية بالمخ.

٥ ـ اعتلالات الأعصاب الطرفية والأعصاب التلقائية.

٦ ـ سهولة إصابة المريض بالأمراض المعدية خاصة في الجلد.

٧ ـ العجز الجنسي.

رابعاً: الأحكام الشرعية:

اتفقت آراء الباحثين على أن المريض الذي لا يجد مشقة زائدة في الصيام كأصحاب الحالات المستقرة، الذين ينصحهم الطبيب بالصيام لا يجوز لهم الإفطار والصيام عليهم واجب.

كما اتفقوا على أن مَن يجد مشقة وحرجاً من الصيام له الأخذ بالرخصة ويفطر، وغالبية هؤلاء من النوع الثاني من المرض الذي يمكن السيطرة عليه في كثير من الحالات.

وذهبت غالبية البحوث إلى أن المريض بالسكري إذا كان الصيام يُعرِّض حياته للخطر ويُضاعف مرضه فعليه أن يمتنع عن الصيام، والمؤمن مؤمّن على جسمه. وعلى حد تعبير سماحة الشيخ محمد المختار السلامي: إذا كان الصيام سيفضي إلى انقطاع الصيام عن كثير من العبادات بإعراضه عن الرخصة، وأنه في النهاية سيعجز عن الصيام ينقطع أيضاً عن بقية العبادات التي كان يمكنه أن يتقرب بها إلى الله لو أخذ بالرخصة، فإنه يظهر تبعاً لذلك أن عدم الأخذ بالرخصة ينتهي إلى نقيض ما قصده. ويظهر بجلاء حرمة الصيام إذا كان مفضياً للهلاك. لكن لو ارتكب الإثم وصام فإن صيامه صحيح.

أما فضيلة الشيخ بدر القاسمي فبعد أن ذكر حرمة قتل النفس استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٩]، وكذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِۛ﴾ [البقرة: ١٩٥].

حيث حرَّمت الآيتان على المسلم قتل نفسه وإلقائه في المهالك، والامتناع عن الطعام والشراب إلى الحد الذي يوصل صاحبه إلى الهلاك ضرب من قتل النفس، وطريق إلى الهلاك، وما كان طريقاً إلى الحرام فهو حرام.

إلا أنه عاد وذكر بأن:

- إن إصرار المريض على عدم الالتفات إلى رأي الطبيب، ومواصلة الصوم مع ازدياد خوف المرض غير مرغوب فيه شرعاً، ويدخل في باب إلقاء نفسه في التهلكة وهو مُحرَّم شرعاً.

- إن الناس المعروفين الصلاح وعلو الهمة وقوة الصبر والتحمل وشدة العزيمة إذا أصرُّوا على الصيام مع وجود المرض فلا يصح الحكم عليهم بأنهم خالفوا الشرع بل يُحمل تصرفهم على العزيمة وإن كان

الحكم الشرعي العام عدم المخاطرة والأخذ بالرخصة، أخذاً من القول بأن فقهاء المذاهب الأربعة لا يرون التداوي واجباً بل مشروعاً فقط.

أما فضيلة الدكتور عبدالرحمٰن السند الذي قدَّم للموضوع بمجموعة من الضوابط الشرعية المهمة، ولكنه قد بحث موضوع التداوي بشكل عام وموضوع الضوابط في التداوي بشكل عام أيضاً، فقد خلص إلى ما خلصت إليه البحوث من آراء، وبيَّن في هذا المقام أن مَن لا يقدرون على الصوم بحال هؤلاء يجب عليهم الإفطار وجوباً لازماً؛ درءاً للضرر عن أنفسهم والصوم في حقهم محرّم.

ومشكلة البحث في هذه المسألة أن بعض مرضى السكري يصرون على الصيام مع ما يجدون من مشقة شديدة، وبعضهم يفطر إذا وصل إلى مرحلة حرجة، إلا أن هؤلاء المرضى الذين قرر أهل الاختصاص وجوب الإفطار لهم ينسون المضاعفات والآثار الخطرة المستقبلية أو التي لا تظهر مباشرة أو أن أعراضها خفيفة في الوقت الحاضر.

خامساً: خلاصة الندوات الطبية التي أجرتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حول صيام مرضى السكري، وهذه الخلاصة اتفقت عليها بحوث الأستاذ الدكتور أحمد رجائي الجندي، وبدر الحسن، وتناولها أيضاً بإيجاز الدكتور عبدالرحمٰن السند، وبعض البحوث الأخرى تناولتها من طرق أخرى.

ونورد فيما يلي خلاصة هذه الندوات التي قامت بها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، وكانت ثلاث، واحدة منها في القاهرة واثنتان في الكويت.

بعد التعريف بالمرض وبيان أنواعه التي تحدثنا عنها ذكرت المنظمة في خلاصته التصنيف الطبي للحالات المرضية لمرضى السكري على النحو الآتي:

١ ـ المرضى ذوو الاحتمالات الكبيرة جداً للمضاعفات الخطيرة بصورة مؤكدة طبياً وتتميز أوضاعهم المرضية بحالة أو أكثر مما يأتي:

● حدوث هبوط السكر الشديد خلال الأشهر الثلاثة التي تسبق شهر رمضان.

● المرضى الذين يتكرر لديهم هبوط وارتفاع السكر بالدم.

● المرضى المصابون بحالة (فقدان الإحساس بهبوط السكر).

● المرضى المعروفون بصعوبة السيطرة على السكري لفترات طويلة.

● حدوث مضاعفات (الحماض السكري الكيتوني) أو مضاعفات (الغيبوبة السكرية الأسمولية) خلال الشهور الثلاثة التي سبقت شهر رمضان.

● السكري من النوع الأول.

● الأمراض الحادة الأخرى المرافقة للسكري.

● مرضى السكري الذين يمارسون مضطرين لأعمال بدنية عنيفة.

● مرضى السكري الذين يُجرى لهم غسيل كلى.

● المرأة المصابة بالسكري أثناء الحمل.

٢ ـ المرضى ذوو الاحتمالات الكبيرة نسبياً للمضاعفات نتيجة الصيام، والتي يغلب على ظنّ الأطباء وقوعها، وتتميز أوضاعهم المرضية بحالة أو أكثر مما يأتي:

● الذين يعانون من ارتفاع السكر في الدم كأن يكون المعدل ١٨٠ ـ ٣٠٠ مغم/ دسل، (١٠ملم ـ ١٦,٥ملم) ونسبة الهيموغلوبين المتراكم (المتسكّر) التي تجاوز ١٠٪.

● المصابون بقصور كلوي.

● المصابون باعتلال الشرايين الكبيرة (كأمراض القلب والشرايين).

● الذين يسكنون بمفردهم والذين يعالجون بواسطة حقن

الإنسولين، أو العقارات الخافضة للسكر عن طريق تحفيز الخلايا المنتجة للإنسولين في البنكرياس.

- الذين يعانون من أمراض أخرى تضيف أخطاراً إضافية عليهم.
- كبار السن المصابون بأمراض أخرى.
- المرضى الذين يتلقون علاجات تؤثر على العقل.

٣ ـ المرضى ذوو الاحتمالات المتوسطة للتعرض للمضاعفات نتيجة الصيام، ويشمل ذلك مرضى السكري ذوي الحالات المستقرة والمسيطر عليها بالعلاجات المناسبة الخافضة للسكر.

٤ ـ المرضى ذوو الاحتمالات المنخفضة للتعرض للمضاعفات نتيجة الصيام، ويشمل ذلك مرضى السكري ذوي الحالات المستقرة، والمسيطر عليها بمجرد الحمية، أو بتناول العلاجات الخافضة للسكر.

ثانياً: بعد دراسة هذه الحالات الأربع ومناقشتها بين الفقهاء والأطباء وملاحظة الفروق الأساسية الدقيقة بينها خلصت الندوة ـ من حيث حكمها الشرعي بالنسبة للصيام وعدمه ـ إلى الآتي:

١، ٢ ـ مجموعة الحالات الأولى والثانية:

هذه الحالات مبنية على التأكد من حصول الضرر البالغ أو غلبة الظن بحصوله بحسب ما يقدره الطبيب الثقة المختص، فيتعيَّن شرعاً على المريض الذي تنطبق عليه إحدى الحالات الواردة فيهما أن يفطر، دراءاً للضرر عن نفسه، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٩] كما يتعين على الطبيب المعالج أن يبين لهم خطورة الصيام عليهم، والاحتمالات الكبيرة لإصابتهم بمضاعفات قد تكون ـ في غالب الظن ـ خطيرة على صحتهم وحياتهم.

وعلى الطبيب أن يستنفد الإجراءات الطبية المناسبة التي تمكن المريض من الصوم دون تعرضه للضرر.

٣، ٤ ـ مجموعة الحالات الثالثة والرابعة:

لا يجوز لهم الإفطار لأن المعطيات الطبية لا تشير إلى احتمال مضاعفات ضارّة بصحتهم وحياتهم، بل إن الكثير منهم قد يستفيدون من الصيام، وعلى الطبيب الالتزام بهذا الحكم، وأن يقدّر العلاج المناسب لكل حالة على حدة.

توصيات عامة:

١ ـ الأطباء مطالبون بالإحاطة بقدر مقبول من معرفة الأحكام الشرعية.

٢ ـ للفقهاء دور بالغ التأثير في تعريف الأطباء بالأحكام الفقهية المتعلقة بالصيام، وبالعبادات بشكل عام في حالات الصحة والمرض.

٣ ـ الفقهاء والدعاة مطالبون بإرشاد المرضى الذين يتوجهون إليهم طالبين الرأي الشرعي، بضرورة استشارة أطبائهم المعالجين الذين يتفهمون الصيام بأبعاده الطبية والدينية، ويتقون الله عزّ وجل لدى إصدار النصح الخاص لكل حالة بما يناسبها.

٤ ـ نظراً للأخطار الحقيقية الكبيرة الناتجة عن مضاعفات مرض السكري على صحة المرضى وحياتهم، وما يترتب على ذلك من أضرار صحية ومادية على الأسرة والمجتمع والدولة فإنه يجب اتباع جميع الوسائل الممكنة للإرشاد والتثقيف بما فيها خطب المساجد ووسائل الإعلام المختلفة لتوعية المرضى بالأحكام السابقة.

٥ ـ ضرورة تنظيم ندوات مشتركة بين الفقهاء والأطباء في شتى البلاد الإسلامية للتعريف بالفقه الطبي وبخاصة ما يتعلق بهذا الموضوع.

٦ ـ أن تتولى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالتعاون مع مجمع الفقه الإسلامي الدولي إصدار كتيب إرشادي حول هذا الموضوع باللغة العربية وغيرها، والعمل على نشره بين الأطباء والفقهاء، وعرض مادته العلمية على صفحة الإنترنت ليطلع عليه المرضى للاستفادة منه.

٧ ـ على الأطباء أخذ الحيطة الشديدة نحو مرضاهم سواء بالسكري أو غيره بالقيام بالتحاليل والتقييمات اللازمة قبل دخول شهر رمضان بوقت كافٍ للتأكد من قراراتهم حول الصيام من عدمه.

٨ ـ التوصية إلى وزارات الصحة بالدول الإسلامية بتفعيل البرامج الوطنية في مجال الوقاية والمعالجة والتوعية بمرض السكري.

٩ ـ ضرورة متابعة الإنجازات العلمية في معالجة مرضى السكري، وبخاصة زرع الخلايا المنتجة للإنسولين، واستعمال المضخات المتطورة والتي قد يؤثر تأمينها على الرأي الطبي والحكم الشرعي، وفقاً لقدرات المرضى وظروفهم.

كما قدّموا العديد من النصائح للأطباء والمرضى ـ خاصة بالعلاج والغذاء والرياضية ـ وخصصوا الجزء الأكبر للعناية بالمرضى المصابين من النوعين لتكون مرشداً لهم أثناء تعاملهم مع مرضاهم.

الشروط الواجب توافرها في الطبيب المعالج:

يشترط في الطبيب المسلم المعالج:

- أن يتصف بصفة العلم بالفرع الطبي الذي تخصص فيه. ولقد جاءت النصوص الشرعية تنهى عن الحديث بلا علم فقال الله عزّ وجل: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ۚ إِنَّ ٱلسَّمْعَ وَٱلْبَصَرَ وَٱلْفُؤَادَ كُلُّ أُو۟لَـٰٓئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْـُٔولًا ﴿٣٦﴾﴾ [الإسراء: ٣٦].

- الإسلام، ومَن لا يجد طبيباً مسلماً يعتمد غير المسلم الثقة.

- إلمام الطبيب المسلم إلماماً جيداً بالأحكام الشرعية المتعلقة بتخصصه ـ فهناك العديد من الأحكام والقواعد الشرعية التي تقنّن الممارسة الطبية ـ كلٌّ في تخصصه لا يحق للطبيب أن يتعداها أو يخالفها وتعرف هذه الأحكام من خلال الاطلاع الواعي على كتاب الله عزّ وجل، وسنّة نبيه، عليه الصلاة والسلام، وسؤال العلماء، والندوات المشتركة بين الأطباء والفقهاء، وقرارات المجامع الفقهية، ودور الفتوى كما قال تعالى في كتابه: ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ إِلَّا رِجَالًا نُّوحِىٓ إِلَيْهِمْ ۖ فَسْـَٔلُوٓا۟

﴿أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ۝٧﴾ [الأنبياء: ٧] صدق الله العظيم.

- العدالة والأمانة.

- على الطبيب أن يكون متقناً لعمله دقيقاً فيه، مراجعاً لكل ما يخص المريض من معلومات مدونة في ملفه الطبي؛ لأن التقصير في ذلك عند اتخاذ قرار الصوم من عدمه قد يؤدي إلى مشاكل صحية خطيرة، كان يمكن اجتنابها أو مشكلة شرعية بعدم صوم مَن لا يجوز له الإفطار، وعدم إهمال تسجيل أية معلومات عن حالة المريض يمكن الرجوع إليها عند اتخاذ هذا القرار.

وذكرت بعض البحوث أخلاقيات الطبيب المسلم مما ليس له علاقة بالسكري والصيام.

ثم أشارت بعض البحوث إشارة بسيطة إلى المحور الثالث، وهو حكم إعادة الصوم بالنسبة للمريض من خلال تغير حالة المريض من الخطورة وعدمها من حيث إن الإنجازات الطبية الحالية لا تتحدث عن هذا الموضوع، ولكن إذا بقيت حالة المريض كما هي فالرخصة في حقه موجودة والحكم موجود، وإذا تغيرت المعطيات فيكون هناك بحث عند تغيّر هذه المعطيات الطبية.

ثم ذكرت بعض البحوث بعض التوصيات المهمة في هذا الجانب، وهي توصيات تخفف من آثار هذا الموضوع، ومن أهم هذه التوصيات:

- ضرورة الاهتمام بالمعرفة العلمية، وتبصير المريض نفسه بمعلومات عن مرض السكري حيث تفيد هذه في تخفيف الآثار الخطيرة التي يصاب بها الإنسان، وتفيد أيضاً في فهم الحكم الشرعي الذي يصدر في مثل هذه الحالة لأن المرضى لا يعلمون الآثار التي يعلمها الطبيب وإنما ينظرون إلى الآثار الظاهرة.

ثم ذكرت بعض التوصيات بضرورة التأكيد على الاستشارة الطبية قبل بدء شهر رمضان ليتخذ القرار الصحيح، وكذلك العناية بموضوع تغير نمط الحياة، وقلة الحركة مما يوصي بدراسة موضوع الرياضة

ودخولها إلى حياة الناس في هذا الزمان الذي قلّت فيه الحركة وازدادت فيه الأمراض.

هذه خلاصة لما ورد في البحوث، وأعتذر إن كنت قد قصرت في ذكر بعض ما ورد فيها لقصر الوقت، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

معالي الأستاذ الدكتور صالح بن عبدالله بن حميد (الرئيس):

وعليكم السلام ورحمة الله وبركاته، والشكر لكم على هذا العرض، وعلى الالتزام بالوقت، وكما هو معتاد الفرصة أولاً للراغبين من أصحاب البحوث إذا أرادوا أن يستدركوا على شيء من بحوثهم مما لم يروَ أن العارض قد استوعبه أو اختصره، ثم للراغبين في المداخلات من بعدهم.

سعادة الدكتور أحمد رجائي الجندي (باحث):

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

يسعدني أن أتقدم بخالص الشكر وجزيل الامتنان لسيادتكم وإلى الأخ العزيز أمين مجمع الفقه الإسلامي الدولي الدكتور عبدالسلام العبادي، وإلى جميع منسوبي الأمانة العامة للمجمع. كذلك الشكر موصول للإمارات العربية المتحدة، حاكماً وشعباً، على حُسن الوفادة وكرم الضيافة. كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأخ العزيز العارض على أمانته وحُسن عرضه للموضوع، وعدم تركه أي شيء، على الأقل من بحثي.

موضوع السكري هو موضوع هام؛ لأن حجم المشكلة في هذا الموضوع والمتعلقة بصوم رمضان حجم كبير، حيث ثبت أن ٤٣٪ من مرضى السكري من النوع الأول يصومون رمضان، وحوالي ٧٩٪ من مرضى السكري من النوع الثاني يصومون رمضان، وهذا الأمر قد يمثل

خطورة على هؤلاء المرضى وعائلاتهم أيضاً. لذلك أُجريت دراسة كبيرة، هذه الدراسة شملت حوالي ١٢٣٠٠ مريض، وأُجريت في ثلاث عشر دولة، وهذه الدول أرسلت ممثلين. قامت هذه الدراسة على أُسس علمية سليمة لدرجة أنهم دققوا في عملية اختيار الأطباء بحيث يكون الطبيب على نفس المستوى في أي مكان من مكان الدراسة، للتأكد من عملية رصد النتائج التي يمكن أن تظهر من هذه الدراسة. ليس هذا فقط، لكن وضعت الأسس العملية لموضوع اختيار المرضى أنفسهم من ناحية السن ونوعية التعليم والوزن وخلاف ذلك، حتى أيضاً للتأكد من سلامة الوضع. هذه الدراسة بعد أن تمّت واستغرقت مدة عامين نشرت في أكبر المجلات العلمية وأكثرها رصانة، ومعنى قبلوها للنشر أنها أجريت على أسس علمية صحيحة. الدراسة بيَّنت العديد من الأمور، حيث ورد فيها أن هناك الكثير من هؤلاء المرضى لا يتّبعون لا الطبيب ولا الفقيه في المشورة عندما يذهبون إليهم. وكانت عملية الإفتاء في السابق تتعلق بنوعية المرض فقط، فإذا ذهب إلى الفقيه، وقال له: إنني مريض بالسكري رقم (١) يقول له: أفطر، والسكري رقم (٢) يقول له: لا تفطر. وتبين خطأ هذا الموضوع نظراً لأنه من الممكن أن مريضاً بالسكري الثاني تكون حالته خطيرة جداً، لأنه أهمل العلاج، وأهمل اتباع الوسائل المختلفة. لذلك قامت الدراسة بوضع أسس يستطيع أي طبيب إذا تتبعها واحدة بعد الأخرى فسوف يجد أن أمامه الحل، وهي أربعة أنواع من التصنيفات، وقد وضحها العارض لهذا الموضوع، وحدّدت معايير لهذا الموضوع لدرجة أنه إذا ذهب أي مريض إلى أي فقيه ولم يكن بجواره أي طبيب يستطيع أن يوجه إليه بعض الأسئلة، وإذا استطاع أن يُجيب عليها يمكن أن يُقرر الفقيه منفرداً عن الطبيب هل يصوم أم لا؟ ونفس الشيء بالنسبة للطبيب وُضعت معايير معيَّنة إذا استطاع أن يجد أي وصف أو علة من هذه الأربع يستطيع أن يضع للمريض وصفاً إما أن يُفطر أو يصوم إذا لم يكن بجواره فقيه يستطيع أن يعود إليه.

كانت هذه الدراسة هي الأساس العلمي لهذا الموضوع، ولكن

تبين أيضاً أن لنجاح السيطرة على هذا المرض لا بد من توعية الأطراف الثلاثة: المريض، والطبيب، والفقيه. لا بد أولاً أن يتعاونوا سوياً مع بعضهم البعض في أن يُحيل الفقيه إذا أتى إليه المريض إلى الطبيب لكي يضع له الطبيب حالة المريض أمامه، ونفس الشيء إذا وصل المريض أولاً إلى الطبيب عليه أن يضع تقريراً للفقيه، وعلى الفقيه أن يرى أين يقع هذا المريض من المجموعات المختلفة. إذا وجد أنه من المجموعة الأولى أو الثانية يطلب منه عدم الصيام، وإذا وجد أنه من المجموعة الثالثة أو الرابعة يستطيع أن يصوم. بهذا استطعنا أن نُقيم وضعاً ثابتاً يمكن أن يكون مرشداً لأي منا.

الموضوع الآخر هو موضوع الإعلام. والإعلام له دور خطير جداً في توعية جميع المرضى، بحيث ينصح مرضى السكري بزيارة الأطباء قبل دخول شهر رمضان بشهرين على الأقل حتى يضع الطبيب تقريراً ويعرف منه هل حالته مستقرة؟ هل هناك ارتفاعات وعدم إمكانية للسيطرة على المرض؟ أم أن الحالة مستقرة. هذا كل ما عندي، وشكراً لكم.

فضيلة الشيخ محمد المختار السلامي (باحث):

بسم الله الرحمٰن الرحيم، اللهم صلِّ وسلّم وبارك على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه.

شكراً سيادة الرئيس، وبعد فإني أشكر العارض الذي أتى على معظم ما جاء في البحوث، وكان مُخلصاً في التعبير وموفَّقاً. وبقي أمران هما:

أولاً: إن السكري إذا كان من النوع الذي يأذن فيه الطبيب للمريض أن يصوم ولا خطر عليه من الصوم. أقول: إنني أضيف أمراً آخر وهو التجربة التي يقوم بها المريض، فإذا حصل للمريض في أثناء صومه بعد إذن الطبيب له بذلك شدةٌ على تحمُّل الصوم، فله أن يفطر، ذلك أن القاعدة هو أن الطب ليس من العلوم الصحيحة بل هو من

العلوم الظنية، لأنه يتبع وضع المريض وتفاعل البدن مع الأدوية التي يأخذها، واختلاف البشر اختلافاً كبيراً.

ثانياً: حكم الإفطار للمريض الذي هو من الدرجة الدنيا: لقد بيّنت في بحثي أن كثيراً من العلماء منهم ابن سيرين، والبخاري، وبعض كبار العلماء في عهد البخاري كلهم صرّحوا بأن الأخذ بالرخصة أفضل من الصيام، وللمسلم أن يأخذ بهذا بناءً على رأي هؤلاء وإن كنت لا أرى الأخذ بالرخصة لمَن يقدر على الصيام.

وشكراً لكم، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

فضيلة الشيخ بدر الحسن القاسمي (باحث):

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

أشكر سيادة الرئيس، كما أشكر الدكتور الفاضل العارض، فإنه كان دقيقاً وأميناً في نقل خلاصة البحوث.

الجانب الذي أريد أن أشير إليه وأؤكد عليه هو أن اهتمام مجمع الفقه الإسلامي الدولي بمرض السكري واختياره كموضوع مستقل وعقد عدة ندوات خارج المجمع سببه: أن هذا المرض منتشر بشكل كبير، وقد أشرت في بحثي ونقلت عن الدكتور وهبة الزحيلي وغيره بأن هناك مجموعة من الأمراض يجهل المريض في أي درجة أو في أي حالة يسمح له أن يفطر فيها.

الشيء الثاني: الخلاصة التي ذكرتها للبيان الذي أصدرته منظمة العلوم الطبية بالكويت كنت أضفت إليه نتيجة الدراسات والتجارب التي يراها الدكتور رياض السليماني وزملاؤه في كلية الملك خالد بمستشفى الملك خالد الجامعي بالرياض، وهناك ثبت من خلال التجارب بأن صوم المصابين بمرض السكري لم يكن دائماً له أثر سلبي، بل في بعض الحالات كان هناك أثر إيجابي جداً. الذي أريد أن أصل إليه هو أن هناك ثلاثة أمور:

١ ـ ليس مرض السكري وحده من الأمراض التي تبيح في درجة معينة الفطر، بل هناك أمراض أخرى أيضاً ينبغي أن تُضم إليه.

٢ ـ إن الدرجات التي حدّدها الأطباء وأيّدها الفقهاء في ندوة الكويت لا شك أنها دقيقة ولكن في نظري ربط الموضوع بحالات المريض بالمرض إذا كان بالحالة الأولى والثانية وكذلك الثالثة والرابعة هذا قد لا يمكن في الواقع العملي أو لا يكون صحيحاً دائماً ودقيقاً، لأن الفقهاء حينما يذكرون إباحة الفطر فلأنهم، كما سمعنا من فضيلة الشيخ السلامي، يعتمدون على تجربة المريض نفسه.

وكنت قد ذكرت قصة بأن بعض أهل العزائم يختارون للناس جانب التيسير في الإفتاء، ولكن يشددون على أنفسهم، ولا يفطرون مع وجود المرض وبلوغ سن الشيخوخة ومن هذا القبيل ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه ما كان يترك الصوم مع إصابته الكبر. وقد سئل العلامة الفقيه الشيخ ظفر أحمد العثماني وهو في سن الرابعة والتسعين من العمر: لماذا تصوم وقد أباح الله لك الفطر؟ فقال: كيف لا أصوم وكان ابن عباس رضي الله عنه يواظب على الصيام مع ضعفه وكبر سنه! ولما كان يشتد عليه الصوم يوضع في جركن من الماء. هذا لأهل العزائم.

كما أشار الشيخ السلامي ووصف في بحثه بالاتجاه السيريني، هناك من الفقهاء من أمثال الإمام البخاري وابن سيرين وعطاء، بعضهم حتى إذا أتاه وجع خفيف في الأصبع جعلوه سبباً للإفطار، ولكن الفقهاء على المذاهب الأربعة لم يؤيدوا هذا الاتجاه، بل ربطوا المرض إذا كان خفيفاً، وإذا كان المريض لديه قدرة على التحمُّل فلا يُسمح له بالإفطار لأن المرض لا ضابط له، كذلك المشقة لا ضابط لها. إن أحكام الشريعة كلها هي تكليفات، فما من حكم شرعي إلا فيه الإنسان يكلَّف، وفي كل ذلك مشقة، ولا يمكن أن تجعل كل درجة من المشقة مبيحة للفطر، كما لا يمكن أن يجعل كل مرض مبيحاً للفطر.

بالنسبة إلى ما أشار إليه الدكتور عبدالناصر أبو البصل أثناء عرضه فيما يتعلق بالتداوي، فقد ذكرت في بحثي بأنه يرى جمهور الحنابلة أن تركه أفضل ونص عليه أحمد وقالوا: إنه أقرب إلى التوكل. وبعد ذلك أردفت قول الإمام ابن القيم رحمه الله بأنه ورد في الحديث الصحيح

الأمر بالتداوي، وأنه لا ينافي التوكل كما لا ينافيه دفع الجوع والعطش والحر والبرد، إلى آخرهن، فنؤيد هذا الجانب.

فيما يتعلق بالطبيب ذكرت بأن معظم الفقهاء ينصون بأن يؤخذ في مثل هذه القضايا قول الطبيب المسلم العادل. ونعرف بأن في بعض التخصصات النادرة في بعض البلاد ربما لا يتوفر طبيب مسلم، ووقت ذاك ثابت من النبي ﷺ بأنه أشار بعض أصحابه أن يعالجوا عند الحارث بن كلدة. فيؤخذ قول الطبيب نفسه.

الشيء الأخير الذي أريد أن أركز عليه فإني بدل أن أجعل الحالات للمرض الأول والثاني يباح لهما الفطر، والثالث والرابع لا يباح لهما الفطر، ربطت الموضوع بحالة المريض. فمشروع قرار المجمع الذي أرسلته مع البحث مكتوب فيه:

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي.. إلى آخره، بعد النظر فيما أعدّ للموضوع من بحوث ودراسات، وبعد المداولات والمناقشات المستفيضة تبين منها:

إن المرضى المصابين بمرض السكري تتفاوت درجات إصابتهم ويمكن تقسيمها على مراحل يحددها الأطباء، كما أشير إليه في بيان لمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية. قد يكون الصوم سبباً لتخفيف معاناة المريض في بعض الأحيان. في ضوء هذه الحقيقة قرر مجلس المجمع ما يلي:

أ ـ إن المصاب بداء السكري إذا تأكد من خلال تجربته أو نتيجة تقرير طبيب حاذق أن الصوم يلحق به ضرراً كبيراً مثل الهلاك أو الإعاقة أو تلف عضو من أعضائه فيجوز له الامتناع عن الصوم والإفطار في شهر رمضان وتأجيل صومه لأيام أُخر، عملاً بقول الله عزّ وجل: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤].

ب ـ يجب على المريض أن يراجع الطبيب الحاذق المسلم لتقدير حالته المرضية قبل الامتناع عن الصوم بسبب المرض. وفي حالة عدم توفر الطبيب المسلم لا مانع من الاعتماد على رأي الطبيب غير المسلم.

ج ـ المصاب بداء السكري لا يجوز له ترك الصوم والإفطار في رمضان إذا كانت إصابته عادية وصومه لا يلحقه ضرراً يعتبر به شرعاً، وإن مجرد تحديد المرحلة أو التصنيف الفني لدرجة الإصابة للمريض من قبل الأطباء لا يجعل أساساً عاماً للإفطار لاختلاف الناس في قوة التحمُّل بل ينظر إلى حالة كل مريض على حدة قبل الحكم بإباحة الفطر له. والله أعلم بالصواب.

ثانياً: المناقشات

معالي الأستاذ الدكتور صالح بن عبدالله بن حميد (الرئيس):

شكراً. انتهت مداخلات الإخوة الباحثين، والآن نشرع في الراغبين في المداخلات من الإخوة الأعضاء والخبراء.

فضيلة الدكتور يوسف الشبيلي:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

الحقيقة درجات مرضى السكري التي تضمنتها توصية ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية دقيقة، لكن لي وقفة عند الدرجة الثالثة من المرضى أو الحالة الثالثة: المرضى ذوو الاحتمالات المتوسطة للتعرض لمضاعفات نتيجة الصيام، فقد توصلت الندوة إلى أن هؤلاء لا يُباح لهم الفطر مع أنهم معرضون بدرجة متوسطة لمضاعفات، وأقول: إذا كان الواحد من أمثال هؤلاء يجد مشقة في الصيام وإن كان لا يتعرض للضرر فالأظهر ـ والله أعلم ـ أنه يجوز له الفطر في هذه الحال، لأن إباحة الفطر للمريض يمكن أن ينظر فيه بثلاث درجات:

الحالة الأولى: إذا كان يتضرر بصيامه، فهذا يجب عليه الفطر.

الحالة الثانية: إذا كان يجد مشقة خارجة عن المعتاد، بمعنى خارجة عن حالة الصائم الذي يجد مشقة في الصيام المعتاد ولا يتضرر بذلك، فهذا يباح له الفطر لعموم قول الله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾.

الحالة الثالثة: وأما مَن لا يتضرر ولا يجد مشقة ولا يتعرض بصيامه لمضاعفات نتيجة الصيام، فهذا لا يباح له الفطر بحال.

ففي توصية ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الحالة الثالثة جعلت المريض إذا كان متعرضاً بدرجة متوسطة للمضاعفات أنه لا يباح له الفطر، ولم تفرق بين ما إذا كان يجد مشقة عند الصيام أو لا يجد مشقة عليه. هذا هو الأمر الأول.

الأمر الثاني: فيما يتعلق بأثر الدواء الذي يتناوله مريض السكري: أثره على الصيام وأثره على إباحة الترخص له، لأنه كما هو معلوم أن الدواء الذي يتناوله مريض السكري إما أن يكون عقاراً عن طريق الفم، مثل الأقراص الطبية، فهذا لا إشكال أنه يفطر، وإما أن يكون عقاراً عن طريق الأوردة وهي حقن الأنسولين ونحوها، فهذه إذا استلزم تناولها أن يتناول معها شيئاً من الطعام أو من الشراب، فلا إشكال أنها تفطر، أما إذا لم يحتج إلى ذلك وإنما أخذ إبرة الإنسولين، فالذي ذهب إليه جمع من المعاصرين ـ وأظن أن هذا أيضاً مدرج ضمن قرارات المجمع في دورات سابقة ـ أن هذا لا يُعد مفطراً، فإذا كان مريض السكري بإمكانه أن يتناول إبرة الإنسولين ولا يتضرر ولا يجد مشقة بصيامه فهذا لا يباح له الفطر، حتى وإن كان بدون استعماله لها يتضرر، فلا يكون مرخصاً له بذلك، لأن مَن تناول إبرة الأنسولين لا يعد مفطراً، لأن المفطر هو تناول الأكل والشرب، كما قال تعالى: ﴿وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلْخَيْطُ ٱلْأَبْيَضُ مِنَ ٱلْخَيْطِ ٱلْأَسْوَدِ مِنَ ٱلْفَجْرِ﴾ وفي الحديث القدسي: «**يدعُ طعامه وشرابه وشهوته من أجلي**». والأكل والشرب يشمل أمرين:

الأمر الأول: ما يدخل إلى الجوف عن طريق الفم أو الأنف، فهذا يفطر، سواء أكان مغذياً أم لم يكن مغذياً، مثل الأغذية والأشربة بأنواعها المختلفة، والأدوية التي تدخل عن طريق الفم أو الأنف، تعد مفطرة كالمخدرات ونحوها.

الأمر الثاني: مما يلحق بالأكل أو الشرب ما يدخل إلى الجوف من غير طريق الفم أو الأنف، ويكون مغذياً كالإبر المغذية، فهذا في معنى الأكل والشرب، أما ما ليس كذلك مما يدخل الجوف من غير طريق الفم أو الأنف وليس بمغذٍ فهذا لا يفطر مثل قطرة العين والأذن،

والإبر غير المغذية وحقن الإنسولين، والكحل في العين حتى وإن وجد أثره في جوفه.

كثير من البحوث التي كتبت لم تتعرض إلى أثر تناول الدواء بالنسبة لمريض مرض السكري، وأثره في الترخص. يعني هل إذا كان بإمكانه أن يتناول الدواء ولا يتضرر ولا يلحقه مشقة في ذلك بأن يأخذ إبرة الإنسولين فهل له أن يفطر أم يكتفي بتناول ذلك الدواء ويبقى على صيامه؟ الأقرب هو الثاني. والله أعلم.

فضيلة الأستاذ الدكتور محمد بن يحيى بن حسن النجيمي:

بسم الله الرحمٰن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا وسيدنا محمد رسول الله، وعلى آله وصحابته أجمعين.

أما بعد، الأنسولين نعم هو ليس مفطراً ولكن كما يعلم الأطباء ويصححوا لي إذا أخطأت أنه إذا أخذ الأنسولين فلا بد أن يأكل بعده بوقت قليل وإلا فقد يصاب بهبوط شديد ويتعرض لضرر كبير. ومن هنا فإن الذين يأخذون الأنسولين يصبح من الواجب عليهم أن يفطروا.

بالنسبة للأقراص التي تؤخذ عن طريق الفم ولا يؤخذ معها ماء وإنما تُجعل في الفم، هي ليست أكلاً، ولا شرباً، وليست في معنى الأكل والشرب. وقد بيَّن شيخ الإسلام ابن تيمية بأن المفطر هو ما كان أكلاً أو شرباً أو كان في معنى الأكل والشرب أو من المنصوص عليه كالشهوة أو الحجامة عند القائلين بذلك. هذه النقطة نتمنى أن نبحثها لأنها قضية خلافية بين الفقهاء لعلها يمكن أن يتعرض لها وفي وقت آخر.

الذين يصومون وعليهم ضرر فهؤلاء يلقون بأنفسهم إلى التهلكة والله يقول: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ هؤلاء آثمون ويحرم عليهم ذلك ويدخلون في قوله ﷺ عندما لم يفطر بعض الصحابة في فتح مكة: «**أولئك العصاة، أولئك العصاة**».

أما إذا كان في الصيام مشقة ولكنها مقدور عليها فإنه يجوز له ولا يجب عليه إلا إذا وصل إلى المرحلة الأخرى، أما مريض السكري العادي ويأخذ حبوباً ويمكن أن يغير المواعيد في الليل فهذا يصبح عادياً ولا يجوز له أن يفطر إلا إذا لحق بالحالتين السابقتين.

النقطة الأخيرة: العلة منضبطة وهي المرض، لأنه إذا كان السكري من النوع الأول أو من النوع الثاني الكبير نسبياً وليس من النوعين الأخيرين المتوسط ولا من المنخفض فإن العلة هنا منضبطة وهي المرض، أما مَن يشق عليه وهذه المشقة هي الحكمة فهذه غير منضبطة، ولكن العلماء قد بيّنوا أن العلة هي المرض وهذا مريض، وطالما أنه مريض وتيقنّا أنه لا يستطيع أن يصوم وجب عليه أن يصوم، وهنا انضبطت العلة وهي المرض وليست المشقة. والله ولي التوفيق.

فضيلة الدكتور أحمد عبدالعليم عبداللطيف:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

مداخلتي تتلخص في أنني أقترح ضابطاً للصيام والفطر لمرضى السكري مؤداه أن مَن تلحقه مشقة ويخاف عليه الضرر بسبب الصوم لإصابته بمرض السكري يباح له الفطر، وكل مَن تلحقه مشقة ويتأكد الضرر في حقه بسبب الصوم لإصابته بمرض السكري يجب عليه الفطر، مع ملاحظة أن طرو المشقة يكون كابتدائها في الحكم، لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾، ويجب على المذكورين جميعاً إعادة الصوم إذا استطاعوا بدون ضرر فيما بعد. ومعرفة الضرر إنما تكون باستشارة طبيب مسلم عدل، ويجب على المريض العمل باستشارة الطبيب طالما اطمأن لاستشارته. والله أعلم.

فضيلة الأستاذ الدكتور حامد أبو طالب:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

هذا الموضع بالرغم من بساطته قد يظن بعض الناس أنه

موضوع لا يحتاج إلى شغل مجمع الفقه به، لكن مَن يلمس المشكلة من الناحية العملية يجد أن هذا الأمر يحتاج إلى الاجتهاد الجماعي، وهي أهم وظائف المجامع الفقهية، لأن الإنسان عندما يستفتى في هذا الموضوع يجد حرجاً شديداً في الإفتاء، لأن عدد مرضى السكري عدد كبير جداً، وعندما يتصور المفتي أثر فتواه فإنه يعيد النظر ويفكر مراراً. على سبيل المثال الأستاذ الدكتور أحمد رجائي الجندي الآن يقول إن نسبة المصابين بالسكري في السعودية ٢٧٪ من مجموع السكان والبالغ عددهم ثمانية عشر مليوناً، يعني حوالي ستة ملايين، وهو عدد ضخم جداً. لو تصورنا أن المصابين منهم بالحالة الأولى والثانية من السكري معناها يمكن ثلاثة ملايين. معنى ذلك أن هناك ثلاثة ملايين مسلم في مدينة جدة لهم حق الإفطار. وقريب من هذا العدد في الإمارات ومصر. إذن عندما يكون هذا العدد مفطراً في الشوارع، فإن المظهر العام لشهر رمضان سيكون فيه نوع من الخلل، لأن الستة ملايين يضاف إليهم مرضى الجلطات وهؤلاء أيضاً الصيام يضرهم ضرراً مباشراً، وبعض المرضى الآخرين، وهكذا. إذن سنجد أن عدداً كبيراً جداً من المسلمين يكون فاطراً، فنفكر هل هذا المريض الذي أفتينا له بالإفطار سيتناول شيئاً في النهار أم أنه يجب عليه الإمساك بقية النهار؟ ولو فكرنا أكثر سنجد أن شهر رمضان في الأعوام القادمة سيكون في فترة شديدة الحرارة من العام، واليوم يكون طويلاً جداً في حدود ثمانية عشر ساعة. إذن العدد سيزيد جداً. على كل حال أنا أضع الملحوظات أمام صائغي القرار حتى يلاحظوا هذا الوضع أمامهم.

تبقى الحاجة الماسة إلى وسائل إعلام توصل هذا الاجتهاد إلى الناس حتى يعملوا بهذه الفتوى، لأنهم سيثقون في هذه الفتوى لأنها صادرة من مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة. هذا والله أعلم، وصلّى اللهم على سيدنا محمد النبي العربي، وعلى آله وصحبه وسلّم.

فضيلة الشيخ محمد المختار السلامي:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

شكراً سيادة الرئيس، أنا ما كنت أريد أن أعود للكلمة إلا أنني نسيت أمراً هاماً وهو أنه لا بد أن يكون في القرار أن مَن أفطر في نهار رمضان بسبب مرض السكري فإنه إذا عادت له استقامة صحته عليه أن يقضي الأيام التي أفطر فيها. وشكراً.

فضيلة الدكتور أحمد عبدالعزيز الحداد:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

هذه المسألة أصبحت مما عمّ بها البلوى. فالجميع يعلم أن مرض السكري ينتشر في الناس كالنار في الهشيم. فنسبة المرض هنا في دولة الإمارات تتجاوز ٣٠٪. فأنا أضم صوتي إلى صوت أستاذي الدكتور حامد أبو طالب من غير مواطأة ولكنها من باب توارد الخواطر أن هذه المسألة جد خطيرة، لو صدر قرار من المجمع فضفاض يبيح لمرضى السكري بالفطر هكذا من غير ضوابط شديدة وغاية ستكون هناك ظاهرة كبيرة في الفطر في رمضان بحجة أن المجمع قد أجاز الفطر لمرضى السكري. وهنا يتعين أن تكون الدراسة وافية في أن تتضافر جهود الأطباء مع العلماء مع دراسة الواقع لإصدار فتوى غاية في الضبط والانضباط. هذا ما أحببت أن أشير إليه لأن المسألة جد خطيرة، والله أعلم.

معالي الأستاذ الدكتور عبدالسلام العبادي (أمين المجمع):

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

واضح أن ما قدّمته البحوث أنها لم تطلق القول وفق الإحصائيات التي ذكرها الدكتور حامد أبو طالب، لأنه في الحقيقة إذا كانت بحجم ما قاله الدكتور فمعنى ذلك أننا نفطر الناس كلهم. حقيقة يقول علماؤنا

الأطباء أن نسبة هؤلاء الذين يضرهم السكري نسبة لا تتجاوز ١٠٪ من مجموع مرضى السكري. وبالتالي ما دمنا ربطنا الأمر بنصيحة الطبيب المسلم الذي يتقي الله والذي هو مختص في هذا الموضوع وبعد فحوص عملية يجريها وخلص إلى إعلامه بأن هذا الصيام يضره ضرراً بيِّناً انتهى. القضية أصبحت محكومة بالشرع وليس بهوانا ولا رُؤانا. فحتى لو كانت الأعداد كبيرة لكن المعيار الذي وضع معيار منضبط ودقيق ويتعلق بإثبات الضرر الواضح البيِّن للمريض. ويبقى أن نعمل توعية لتخفف من انتشار مرض السكري عن طريق الأنظمة الغذائية والرياضة وهناك أشياء كثيرة للتخفيف من هذه الظاهرة. هذه قضية.

قضية أخرى بالنسبة لما ورد على لسان أخي الدكتور محمد النجيمي في موضوع دخول الجوف لشيء لا هو من الطعام ولا هو من الشراب. هذه القضية كان المجمع تصدى لأمر مشابه لها في دورته الماضية في قضية البخاخ بالنسبة للربو وأجل القرار فيها بعد توجه المجمع بالأغلبية إلى القول بأن المعيار في الإفطار هو ما يدخل الجوف سواء كان دواءً أو طعاماً أو شراباً، ولكن رُئي في آخر لحظة كما تذكرون في العام قبل الماضي أن يؤجل الأمر لمزيد من البحث. فلذلك لا نريد أن نسجل إعلامياً أن هذا الأمر مسلم، وكان توجه المجمع أننا لم ننتهِ بعد من اتخاذ القرار فيه. وشكراً.

فضيلة الأستاذ الدكتور عبدالناصر موسى أبو البصل:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

أود هنا أن أشير بأن مريض السكري لا بد أن يتعرف كيف يتعايش مع المرض أولاً، ولا بد أيضاً من مراعاة الجانب التربوي في هذه العملية، بمعنى أن مريض السكري، بحسب النسبة الموجودة، الذي أبيح له الإفطار أو الذي طلب منه أيضاً الصيام هناك جانب تربوي لا يجوز أن يغفل عنه، فلا يعني أن مَن سمح له بالإفطار أن يفتح المطاعم وأن يأكل ويشرب في الشارع وفي أي مكان. هناك جانب تربوي مهم، كيف يتعامل مع هذا المرض، أو هذا المفطر بين أسرته، ومَن الذي قال

بأن مريض السكري لا يجلس مع أولاده على مائدة الإفطار ساعة الإفطار؟ ومَن الذي قال إنه يتوقف عن هذه الأمور؟ هناك أمور لا بد أن يقوم بها، وأن يتشبّه بالصائمين، وأن يؤدي الآثار المطلوبة من هذا الجانب بالضرورة.

الأمر الآخر: هنا مجموعة من الإجراءات الطبية لا بد أن تثار من الناحية الشرعية، وهي تتعلق بالحمية والإقلال من الطعام، وتتعلق بالحركة وما إلى ذلك. هذه الأمور لها توجيهات شرعية لا بد أن يشار إليها أيضاً. وشكراً.

فضيلة الدكتور محمد عبدالغفار الشريف:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

بداية بالنسبة لمرضى السكري والإحصائيات التي تبين في الإعلام غالباً، هذه الإحصائيات ليست بهذه الدقة التي تبين أن مجموع هؤلاء الناس هم المصابون فعلاً، بينما هؤلاء الذين يراجعون عيادات السكر، وتكون لهم مثلاً زيارات دورية قد يدرجون، ومنهم مَن يكون في بداية المرض، ومنهم مَن يكون في وسطهم، ومنهم مَن يضره الصيام. ولذلك المبالغة في الأرقام يجب أن نقف عندها.

القضية الثانية: أنا أعتقد أن الناس في بلداننا أو في معظم البلدان الإسلامية ـ الحمد لله ـ عندهم دافع ذاتي للصوم. نحن نخاف على المرضى منهم ألّا يأخذوا بالرخصة وليس بالعكس نخاف أن تنتشر الرخصة بحيث إنه لا يصوم أحد. هذه قضية مهمة.

سمعت من بعض الفضلاء بأنه لو كان أحدٌ مريضاً بالسكري وأفتيناه بالفطر ثم بعد ذلك الأطباء قالوا لا يرجى شفاؤه، فدفع الكفارة، فكيف بعد ذلك نقول له إذا شفيت تصوم؟ الأصل أنه قد أدّى الواجب عليه فلا ينبغي أن يصوم مرة أخرى. وشكراً.

سعادة الدكتور حسان شمسي باشا:

بسم الله الرحمٰن الرحيم.

الحقيقة موضوع السكري موضوع هام جداً، كثيرٌ من الناس يخطئون في تقدير هذه الإحصائيات، كما تكلم أحد الأخوة أن ٢٦٪ من الناس الكهول في منطقة الخليج مصابون بمرض السكري من النوع الثاني، ولكن هذا النوع الثاني من المرض هو الذي يعالج عادة بالحبوب أو الحمية فقط للغالبية العظمى من هؤلاء. فمتى ما تحول هذا المريض من النوع الثاني إذا أعطي الأنسولين أصبح يضاف إلى ما يسمى النوع الأول من الإنسولين. فهذا في الواقع أمر مهم.

هناك أمر آخر أن تسع حالات من كل عشر حالات من مرضى السكري يمكن الوقاية منها إذا ما اتبع الإنسان نظام تغيير نمط حياته حيث يكثر من المشي ويقلل من الطعام ويقلل من البدانة وهي أمور مهمة جداً حيث أوصانا الرسول ﷺ بألاّ نفرط في الطعام وأن نقلّل من كميته، إلى ما هنالك من توصيات الرسول ﷺ. فإذن موضوع السكري صحيح أن المجمع قد بحثه لكن هناك مرضى كثيرون، إذا قلنا: إن هؤلاء المرضى معظمهم أو أكثرهم مرضى السكري يستطيعون الصيام لأنهم التزموا بالنظام الغذائي، وطالما أنهم التزموا بالنظام الذي يفرضه الطبيب لهم قبل دخول شهر رمضان.

لا يمكن إصدار قرار أو حكم عام لمرضى السكري، لأن المريض قد تتغير حالته قبل أيام من دخول شهر رمضان، ولذلك الطبيب هو الذي سيقرر مَن سيصوم ومَن لا يصوم وليس الفقيه. يعني هذا أمر في منتهى الأهمية. فلذلك أنا أعتقد أنه يجب أن يكون هناك لكل مريض سواء كان المريض مصاباً بمرض السكري، أو بالفشل الكلوي، أو بمرض القلب، ينبغي على هذا المريض أن يراجع الطبيب قبل أيام، أو ربما أسابيع من دخول شهر رمضان حتى يستطيع أن يضع له الطبيب خطة العلاج. ففي حالة مرضى السكري يمكن تغيير نظام الحبوب بحيث إن التي تؤخذ في الصباح لتكون في المساء ونصف الجرعة المسائية

تؤخذ في السحور، فيمكن للإنسان أن يصوم في مثل هذه الحالات. فهناك دراسات كثيرة نشرت في المجلة الطبية البريطانية قبل عدة أعوام، وكلها تذكر أن الغالبية العظمى من مرضى السكري يستطيعون الصيام إلا الحالات التي ذكرها الدكتور أحمد رجائي الجندي في قرار المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، وهي الحالات التي يكون فيها مرض السكري مضطرباً، يكون هناك ارتفاع وانخفاض للسكر (تأرجح)، يكون هناك سُبات سكري، وإلى ما هنالك من الحالات التي ذكرت. هذه هي الحالات التي لا ينبغي للمريض أن يصوم فيها. أيضاً إذا كان يتناول جرعة إنسولين أكثر من أربعين وحدة في اليوم، هذا أيضاً ينصح بعدم الصوم.

أنا وضعت كل هذه الأمور في عدة كتب، ولي ثلاثة كتب في هذا المجال: الدليل الطبي، والفقه للمريض في شهر الصيام، واشتركت مع الدكتور محمد علي البار في كتاب: الصوم بين الطب والفقه. فهذه الأمور مقرّرة وموجودة، فلذلك أنا أخشى من المبالغات، كما ذكر أخي الحبيب الأستاذ الدكتور عبدالسلام العبادي، حتى لا يكون هناك هلع من مرض السكري وأن نكثر ونعمّم الإفطار على هؤلاء. وأكتفي بهذا، وجزاكم الله خيراً، والسلام عليكم.

فضيلة الشيخ خالد الرشود:

بسم الله الرحمٰن الرحيم، الحمد لله، وصلّى الله وسلّم على نبينا محمد.

شكراً معالي الرئيس. في البداية أذكر ما ذكره ابن حجر في فتح الباري، في المقدمة، وما ذكره عن الرواية عن إسحاق بن راهويه، والإمام البخاري، رحمه الله، لما سُئل إسحاق، رحمه الله، عن إفطار من وجع بضرسه، فقال: يفطر. فسأله المريض فقال: وما الدليل؟ فالتفت إلى البخاري فقال البخاري: استدل بقوله عزّ وجل: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ۚ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾ فعلق، فقال البخاري: إن تعليق الحكم على مجرد

المرض يكفي في الفطر. فهذا هو الرأي الذي قال إنه لا يعتمد على الضرر إنما يعتمد على المرض لكونه أضبط في العلة، لكن بعض أهل العلم ـ كما في قول عند الحنابلة وغيرهم ـ قالوا: إنه لا بد أن يكون في المرض مانع يحقق الضرر على المريض عند الصيام، فإذا لم يتحقق منه الضرر فإنه في هذه الحالة لا يمكن أن يفطر لعدم وجود الضرر عليه.

وكما اقترح الدكتور الفاضل قبل قليل أن يكون الضابط في ذلك هو تقرير الطبيب الموثوق، وهذا الضابط قد اعتمده كثير من الفقهاء في كثير من المسائل، وهو أنه إذا قرر الطبيب الموثوق أن هذا المرض عند الصيام فيه فإنه يسبّب ضرراً على حياة المريض، فإنه في هذه الحالة يحق له الفطر.

وأرى أن هذا الضابط منضبط في عمومه وله أصل في التخريج في الفقه. هذا ما أحببت التنبيه إليه. وشكراً.

معالي الأستاذ الدكتور صالح بن عبدالله بن حميد (الرئيس):

شكراً، والشكر للجميع، وانتهت المداخلات في هذا الموضوع، أولاً لأنه موضوع ظاهر وجلي، وثانياً أنه استكمال لما تمّ بحثه، فسبق للمجمع ولأعضائه أنهم خاضوا في هذا خوضاً جميعاً.

لجنة الصياغة: الدكتور عبدالناصر أبو البصل (مقرراً)، والشيخ محمد المختار السلامي (عضواً)، والدكتور أحمد رجائي الجندي (عضواً)، والشيخ بدر الحسن القاسمي (عضواً)، والدكتور حسان شمسي باشا (عضواً).

وصلّى الله على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه وسلّم.

ثالثاً: القرار

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين

قرار رقم ١٨٣ (١٩/٩)

بشأن

مرض السكري والصوم

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من ١ إلى ٥ جمادى الأولى ١٤٣٠هـ، الموافق ٢٦ ـ ٣٠ نيسان (إبريل) ٢٠٠٩م،

بناءً على وثيقة التعاون القائم بين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ومجمع الفقه الإسلامي الدولي، وذلك انطلاقاً من الاتفاقية الموقعة بين الجهتين، وبعد تكليف المجمع للمنظمة بالقيام بدراسة «**مرض السكري وصيام رمضان**»،

وبناءً على معطيات الندوتين اللتين عقدتهما المنظمة بتاريخ ٢ ربيع الآخر ١٤٢٩هـ الموافق ٣ نوفمبر ٢٠٠٧م، وتاريخ ٨ إبريل ٢٠٠٨م.

وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص استكمال بحث موضوع **مرض السكري والصوم**، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله.

وبعد عرض الجوانب الطبية والفقهية لأثر الصوم على مرضى السكري.

قرر ما يلي:

أولاً: تعريف موجز لمرض السكري:

هو اختلاف في نسبة السكر في الدم اختلالاً مرضياً وعلى وجه الخصوص ارتفاع النسبة فوق المعدل الطبيعي، وينتج مرض السكري عن فقدان هرمون الإنسولين الذي تفرزه خلايا خاصة خلايا (ب) في البنكرياس أو عن قلة كميته أو قلة استجابة خلايا الجسم له في بعض الحالات.

ثانياً: أنواع مرض السكري:

يندرج تحت ما يسمى بمرض السكري عدة أنواع تختلف عن بعضها بعضاً اختلافاً كبيراً في الأسباب وطُرق العلاج، وهي كما هو متفق عليه من تسميات وتصنيفات لدى المؤسسة الطبية العالمية المتخصصة في مرض السكري:

١ ـ السكري من النوع الأول (Diabetes Mellitus type I) المعتمد على الإنسولين ولجرعات متعددة في اليوم.

٢ ـ السكري من النوع الثاني (Diabetes type II) غير المعتمد على الإنسولين.

٣ ـ سكري الحمل (Gestational Diabetes).

٤ ـ أنواع أخرى منها:

أ ـ السكري الناتج عن بعض أمراض (البنكرياس).

ب ـ السكري الناتج عن اختلالات هرمونية، وخصوصاً في الغدد النخامية والكظرية وخلايا في البنكرياس.

ج ـ السكري الناتج عن بعض الأدوية.

ثالثاً: تصنيف مرضى السكري طبياً:

تمّ تصنيف مرضى السكري طبياً إلى أربع فئات على النحو الآتي:

الفئة الأولى:

المرضى ذوو الاحتمالات الكبيرة جداً للمضاعفات الخطيرة بصورة مؤكدة طبياً وتتميز أوضاعهم المرضية بحالة أو أكثر مما يأتي:

- حدوث هبوط السكر الشديد خلال الأشهر الثلاثة التي تسبق شهر رمضان.
- المرضى الذين يتكرر لديهم هبوط وارتفاع السكر بالدم.
- المرضى المصابون بحالة (فقدان الإحساس بهبوط السكر)، وهي حالة تصيب بعض مرضى السكري، وخصوصاً من النوع الأول الذين تتكرر لديهم حالات هبوط السكر الشديد ولفترات طويلة.
- المرضى المعروفون بصعوبة السيطرة على السكري لفترات طويلة.
- حدوث مضاعفة (الحماض السكري الكيتوني) أو مضاعفة (الغيبوبة السكرية) خلال الشهور الثلاثة التي تسبق شهر رمضان.
- السكري من النوع الأول.
- الأمراض الحادة الأخرى المرافقة للسكري.
- مرضى السكري الذين يمارسون مضطرين أعمالاً بدنية شاقة.
- مرضى السكري الذين يجرى لهم غسيل كلى.
- المرأة المصابة بالسكري أثناء الحمل.

الفئة الثانية:

المرضى ذوو الاحتمالات الكبيرة نسبياً للمضاعفات نتيجة الصيام والتي يغلب على ظن الأطباء وقوعها وتتمثل أوضاعهم المرضية بحالة أو أكثر مما يأتي:

- الذين يعانون من ارتفاع السكر في الدم كأن يكون المعدل (١٨٠ ـ ٣٠٠ مغم/ دسل، ١٠ ملم ـ ١٦,٥ ملم) ونسبة الهيموغلوبين المتراكم (المتسكر) التي تجاوز ١٠٪.
- المصابون بقصور كلوي.
- المصابون باعتلال الشرايين الكبيرة (كأمراض القلب والشرايين).
- الذين يسكنون بمفردهم ويعالجون بواسطة حقن الأنسولين أو العقارات الخافضة للسكر عن طريق تحفيز الخلايا المنتجة للأنسولين في البنكرياس.
- الذين يعانون من أمراض أخرى تضيف أخطاراً إضافية عليهم.
- كبار السن المصابون بأمراض أخرى.
- المرضى الذين يتلقون علاجات تؤثر على العقل.

حكم الفئتين الأولى والثانية:

حالات هاتين الفئتين مبنية على التأكد من حصول الضرر البالغ أو غلبة الظن بحصوله بحسب ما يقدّره الطبيب الثقة المختص، فيتعين شرعاً على المريض الذي تنطبق عليه إحدى الحالات الواردة فيهما أن يفطر ولا يجوز له الصيام، درءاً للضرر عن نفسه، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٩]، كما يتعين على الطبيب المعالج أن يبين لهم خطورة الصيام عليهم، والاحتمالات الكبيرة لإصابتهم بمضاعفات قد تكون ـ في غالب الظن ـ خطيرة على صحتهم أو حياتهم.

وعلى الطبيب أن يستنفد الإجراءات الطبية المناسبة التي تمكن المريض من الصوم دون تعرضه للضرر.

تطبَّق أحكام الفطر في رمضان لعذر المرض على أصحاب الفئتين

الأولى والثانية عملاً بقوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾ [البقرة: ١٨٤].

ومَن صام مع تضرره بالصيام فإنه يأثم مع صحة صومه.

الفئة الثالثة:

المرضى ذوو الاحتمالات المتوسطة للتعرض للمضاعفات نتيجة الصيام، ويشمل ذلك: مرضى السكري ذوي الحالات المستقرة والمسيطر عليها بالعلاجات المناسبة الخافضة للسكر التي تحفّز خلايا البنكرياس المنتجة للإنسولين.

الفئة الرابعة:

المرضى ذوو الاحتمالات المنخفضة للتعرض للمضاعفات نتيجة الصيام ويشمل ذلك مرضى السكري ذوي الحالات المستقرة والمسيطر عليها بمجرد الحمية، أو بتناول العلاجات الخافضة للسكر التي لا تحفز خلايا البنكرياس للإنسولين بل تزيد فاعلية الإنسولين الموجود لديهم.

حكم الفئتين الثالثة والرابعة:

لا يجوز لمرضى هاتين الفئتين الإفطار، لأن المعطيات الطبية لا تشير إلى احتمال مضاعفات ضارة بصحتهم وحياتهم بل إن الكثير منهم قد يستفيد من الصيام.

وعلى الطبيب الالتزام بهذا الحكم، وأن يقدر العلاج المناسب لكل حالة على حدة.

ويوصي بما يأتي:

١ ـ الأطباء مطالبون بالإحاطة بقدر مقبول من معرفة الأحكام الشرعية المتعلقة بهذا الموضوع، وهذا يقتضي إعداد هذه المعلومات من الجهات ذات الصلة، وتعميمها على المعنيين بها.

٢ ـ الفقهاء والدعاة مطالبون بإرشاد المرضى الذين يتوجهون إليهم طالبين الرأي الشرعي، بضرورة استشارة أطبائهم المعالجين الذين يتفهمون الصيام بأبعاده الطبية والدينية، ويتقون الله لدى إصدار النصح الخاص لكل حالة بما يناسبها.

٣ ـ نظراً للأخطار الحقيقية الكبيرة الناتجة عن مضاعفات مرض السكري على صحة المرضى وحياتهم، فإنه يجب اتباع جميع الوسائل الممكنة للإرشاد والتثقيف، بما فيها خطب المساجد ووسائل الإعلام المختلفة، لتوعية المرضى بالأحكام السابقة، ذلك أن زيادة مستوى الوعي بالمرض وأصول التعامل معه يخفف كثيراً من آثاره، ويسهل عملية تقبل الأحكام الشرعية والنصائح الطبية لمعالجته.

٤ ـ أن تتولى المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالتعاون مع مجمع الفقه الإسلامي الدولي إصدار كتيب إرشادي حول هذا الموضوع باللغة العربية وغيرها، والعمل على نشره بين الأطباء والفقهاء، وعرض مادته العلمية على صفحة الإنترنت؛ ليطلع عليه المرضى للاستفادة منه.

٥ ـ مطالبة وزارات الصحة في الدول الإسلامية بتفعيل البرامج الوطنية في مجال الوقاية والمعالجة والتوعية بمرض السكري وأحكامه الشرعية.

والله أعلم.

* * *

الفهرس

الموضوع	الصفحة

الموضوع السابع

وقف الأسهم والصكوك والحقوق المعنوية والمنافع

الموضوع الثامن
تطبيق نظام البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة

الموضوع التاسع
مرض السكري والصوم

* * *